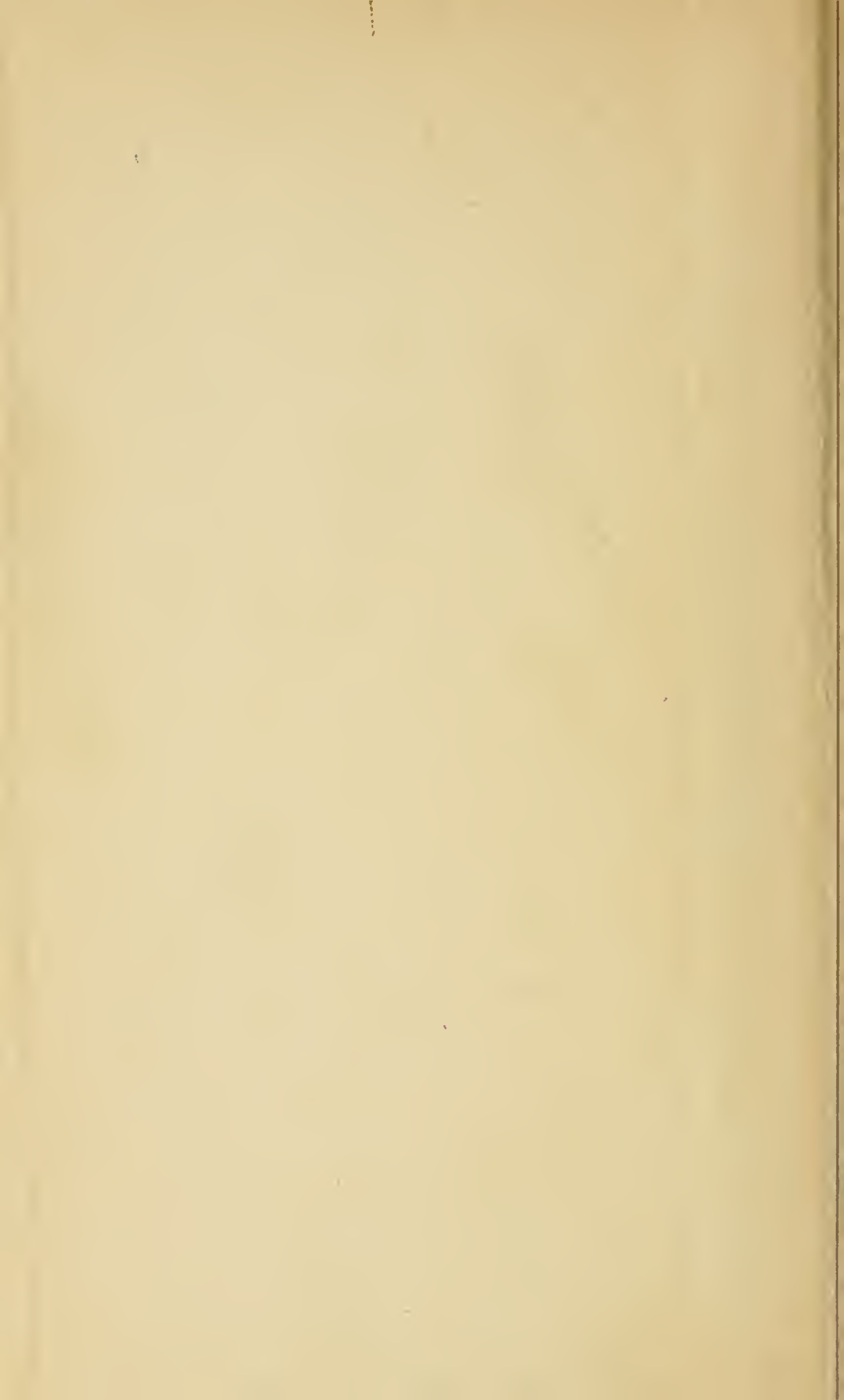


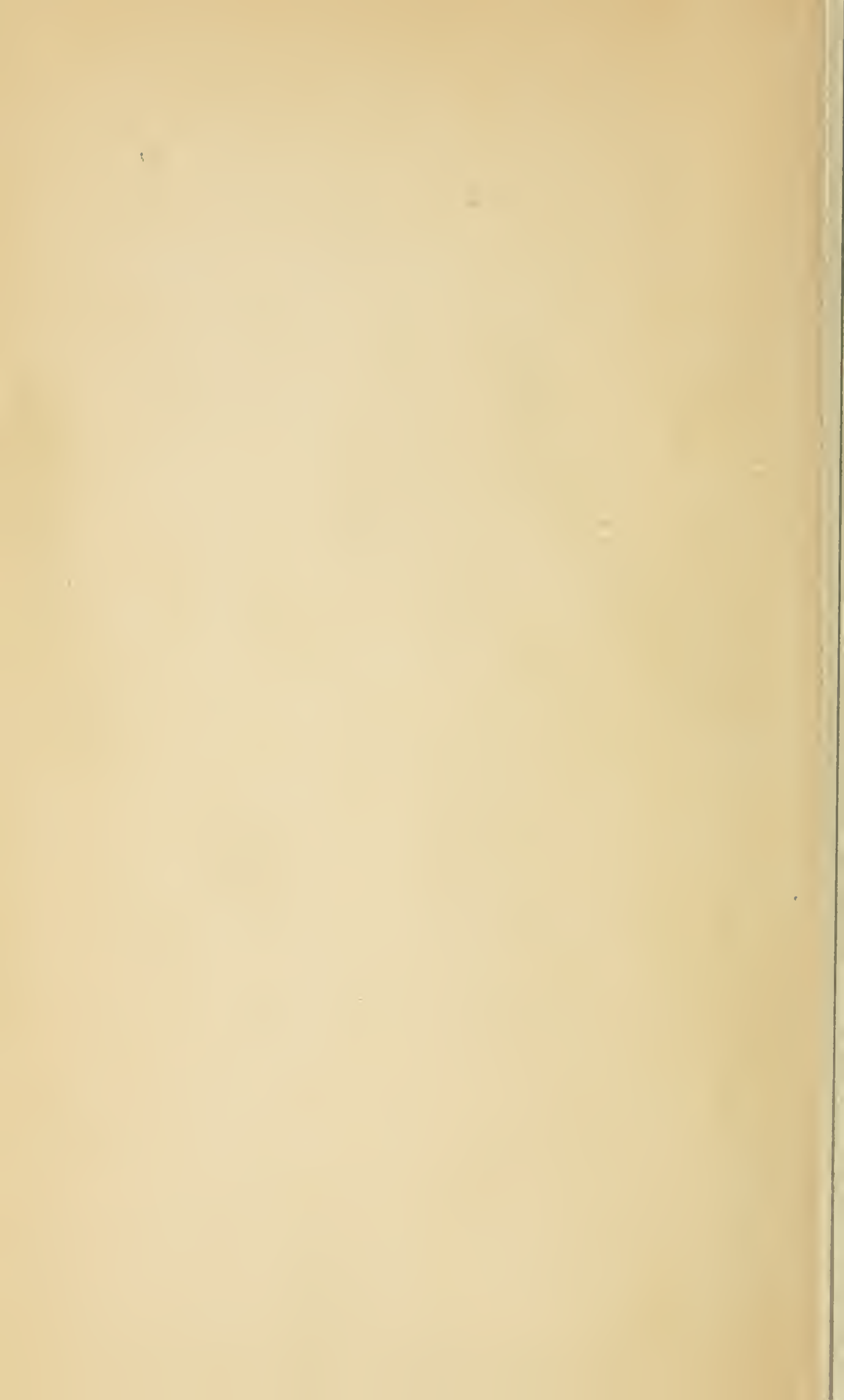
[illegible]L AUGUST ALBRECHT

Römische Aequitas









Die Stellung

der

römischen Aequitas

in der

Theorie des Civilrechts

mit

Rücksicht auf die zeitgemäße Frage der Codification.

Von

Dr. C. A. Albrecht.

Dresden und Leipzig,
in der Arnoldischen Buchhandlung.

1834.

Unveränderter fotomechanischer Nachdruck der Originalausgabe 1834

ZENTRAL-ANTIQUARIAT
DER DEUTSCHEN DEMOKRATISCHEN REPUBLIK
LEIPZIG 1969

Druck: (52) Nationales Druckhaus VOB National, 1055 Berlin
Ag 509 269 69 0,30 2315

Vorwort.

Wenn jeder Verfasser eines Buches den Wunsch hegt, durch Neuheit das Interesse für seinen Gegenstand zu gewinnen, so ist dieß eine ganz natürliche Sache. Allein, im Fache der Jurisprudenz materiell etwas Neues zu schaffen, ist nur dem Gesetzgeber selbst vorbehalten; daher die Grenzen der Neuheit aller juristischer Schriften durch die Natur der Sache in so weit festgestellt sind, als sie auf die Behandlungsweise der Materie und auf das Zeitgemäße ihrer Anwendung, das eigentlich Practische einer Schrift, verweisen. Das letztere behält immer das Interesse der Neuheit, so lange das Rad der Zeit, auch im Felde des Civilrechts, ältere Ansichten verwirft und neue an deren Stelle setzt. Schon die ersten Blätter meiner Schrift zeigen, daß ihr Gegenstand nichts weniger als neu, sondern im Gegentheil, daß er ein sehr alter sey. Wenn dennoch auch ich den Wunsch hege, auf Neuheit einigen Anspruch machen zu dürfen, so scheint dieß nur auf eine zweifache Weise möglich. Entweder ist der Ge-

genstand so alt, daß er der Vergessenheit verfallen seyn könnte und dann das Hervorrufen desselben die Neuheit ersetzen würde; oder das Verdienst der Neuheit kann nur die Art der Darstellung und die practische Anwendung des Gegenstandes treffen. In dieser Beziehung, die ich vornehmlich in's Auge gefaßt habe, erwarte ich das nachsichtsvolle Urtheil meiner Leser und von Ihnen die Beantwortung der mir selbst gestellten Frage: ob ich hoffen dürfe, durch diese kleine Schrift den Sinn für die oft vergessene und gleich oft verläumdete Aequitas des römischen Rechts geweckt zu haben?

Wenn ich daher einen Rechtsbegriff auf eine so hohe Stufe zu stellen mich bemühe, der, so abstract er an sich zu seyn scheint, doch in seinem Einflusse auf die Praxis, als den Prüfstein jeder Theorie, von so wichtigen Folgen ist; so sehe ich voraus, das mancher orthodoxe Civilist und zu strenge Theoretiker meine Schrift mit Kopfschütteln lesen und mit Achselzucken aus der Hand legen wird. Desto mehr habe ich Ursache, auf den Beifall des Lesers zu rechnen, dem ich mit Cicero zurufen kann: neque enim Tu is es, quem nihil, nisi jus civile, delectet!

Wenn mir der Vorwurf gemacht werden wollte, daß ich zu häufiger Citate mich bedient und zu viele Stellen wörtlich angeführt habe, so muß ich zu meiner

Entschuldigung darauf aufmerksam machen, daß meine Schrift zum größten Theile die Natur einer Beweisschrift an sich trägt, und daß ich deßhalb es für nöthig hielt, auch die Beweismittel gleich mit zur Stelle zu bringeu, um meinem Leser, der mein Urtheilsprecher ist, die Mühe des Nachschlagens und Nachlesens zu ersparen.

Es wird mir dieß, hoffe ich, um so weniger zum Vorwurfe gereichen, weil, wenn meine Arbeit für nicht unnütz erkannt werden sollte, daraus auch zugleich zu ersehen ist, wie viel ich selbst dazu beigetragen und was ich den Quellen verdanke, aus denen ich, freilich auch nicht ohne eigene Mühsamkeit, geschöpft habe.

Daß ich dabei das nonum prematur in annum des Horaz nicht beobachten konnte, bedarf wohl nicht erst der Rechtfertigung, da heutzutage in Neun Jahren im öffentlichen Leben so große und schnelle Fortschritte gemacht werden, daß, hätte ich jenen Wink des Horaz auf meine Schrift anwenden wollen, ich befürchten mußte, die Civilgesetzbücher, von deren Zukunft ich im letzten Abschnitte spreche *), würden inzwischen in's Leben getreten und

---

*) Erst kurz vor Beendigung des Druckes meiner Abhandlung kam die wahrscheinlich jetzt nur wenig bekannte, höchst interessante Schrift des verstorbenen, in dem Gedächtniß jedes sächsischen Juristen fortlebenden Ordinarius

ich dann genöthigt seyn, meine Schrift in anderweiten neun Jahren auf die Vergangenheit anzuwenden.

Biener in meinen Besitz, welche, im Jahre 1780 von ihm geschrieben, unter dem Titel erschien: „D. Christian Gottlob Biener's Bedenklichkeiten bei Verbannung der ursprünglich fremden Rechte aus Deutschland und Einführung eines allgemeinen deutschen Nationalgesetzbuches ꝛc. Halle 1781. 8." — Wenn wir die politische Lage von Deutschland in jener Zeit betrachten, so stellt sich diese von Biener in den Jahren seiner Jugendkraft geschriebene Abhandlung als eine merkwürdige Erscheinung dar, die für die jetzt, freilich unter wesentlich veränderten Verhältnissen aufgeworfene Frage der Codification von hohem, mindestens historischen Interesse ist. Von der Einführung eines allgemeinen deutschen Nationalgesetzbuches sagt Biener S. 51: „Herrlicher, großer Gedanke! Gedanke eines deutschen Patrioten würdig: Deutschland nach einem einzigen Originalgesetzbuche beurtheilt, die größte und erhabenste der Nationen, die deutsche, nach einem Rechte unter dem Schutze seiner hohen Regenten leben zu lassen; dich denke ich ganz in dem Glanze und Umfange, in welchem du kannst gedacht werden! ich nehme die Möglichkeit an, daß das Vaterland der Deutschen durch einen einzigen Streich der Gesetzgebung von dem Joche befreiet würde, welches Unwissenheit und Aberglaube ihm übern Hals geworfen, daß die Gesetzbücher, welche Deutschland beherrschen, durch einen einzigen Streich der Gesetzbung niedergeworfen, die Ewigkeit des Tribonian's und Gratian's, der Bartolisten und Civilisten in die Gräber der Folianten versenkt, und eine neue Zeit, ein goldenes Alter der Gesetzgebung angefangen würde! Allein soll nur eine Möglichkeit des Nationalgesetzbuches gedacht werden, so muß die Staatsverfassung, so wie das Kirchenregiment vom Volkscodex gesondert, ganz wie es ist,

Es ist übrigens nicht zu bezweifeln, daß es dem Horaz, wie aus seinen Werken sehr leicht sich nachweisen läßt, mit jenen neun Jahren gar nicht Ernst gewesen seyn kann, da er, in offenbarem Widerspruche mit dem Rathe, den er den Dichtern giebt, an anderen Stellen im Allgemeinen den guten Rath ertheilt, nichts lange zu verschieben, indem er in Epist. Lib. 1. Ep. 4. sagt:

Omnem crede diem tibi diluxisse supremum.

und Sermon. Lib. II. Sat. 6:

Vive memor quam sis aevi brevis.

ferner Carm. Lib. I. od. 4:

Vitae summa brevis spem nos vetat inchoare longam.

endlich Carm. Lib. I. od. 11:

— dum loquimur, fugerit invita
aetas. Carpe diem, quam minimum credula postero.

---

bleiben, auch die Prozeßordnung muß weggedacht und einer jeden Obrigkeit überlassen werden, und so will ich von der Empfängniß an bis zur vollkommenen Erziehung dieses Nationalgesetzbuches untersuchen, und sehen, ob Deutschland noch in sich selbst die Kräfte hat, so etwas zu gebähren. Juno Lucina fer opem!" — Das ganze, sehr lesenswerthe Schriftchen charakterisirt den würdigen Verfasser auf eine für jeden seiner Verehrer höchst anziehende Weise und ich konnte daher nicht unterlassen, auf dieses vielleicht ziemlich vergessene Buch aufmerksam zu machen.

Nicht zu gedenken, daß Horaz selbst, wäre es möglich, mir einwerfen würde, daß er, wie aus der Stelle de arte poëtica, v. 291:

— carmen reprehendite, quod non
multa dies litura coërcuit, atque
praesectum decies non castigavit ad unguem;

hervorgehe, auch dort nur von Versen, nicht aber von juristischen Abhandlnngen gesprochen habe und daß mithin seine gute Lehre so wenig auf gegenwärtige Schrift Anwendung leide, als jetzt so manche schöne Lehre der römischen Juristen oft nur gewaltsam auf etwas angewendet wird, worauf sie doch nicht paßt. Daher berufe ich mich und verweise meine Leser auf den schönen Spruch des Horaz in Sermon. Lib. I. sat. 1:

Est modus in rebus, sunt certi denique fines,
quos ultra citraque nequit consistere rectum;

der zugleich als das passendste Motto für den Gegenstand dieser kleinen Schrift betrachtet werden kann.

Dresden, im März 1834.

I.

Die Einsicht der Quellen des römischen Rechts und dessen Geschichte führt bei sorgfältiger Auffassung und Beobachtung des Geistes, der schon frühzeitig über dieses Recht sich verbreitete, das noch nach Jahrhunderten auf dem Continente Europa's zur Richtschnur diente und zum großen Theile noch täglich als Quelle rechtlicher Entscheidungen zur Anwendung kommt, vornehmlich auf zwei interessante Ergebnisse. Einmal zu der Ueberzeugung, daß die römischen Juristen, als Schöpfer, Beförderer und Erhalter dieses Rechts, die Gediegenheit ihrer Ansichten und die daraus, man könnte vielleicht sagen, für die Ewigkeit der Existenz eines Rechts überhaupt, hervorgegangenen Muster, dem Studium und dem Einflusse der Philosophie, im beßten Sinne des Wortes, verdanken; dann aber zweitens zu der für uns so nachahmungswürdigen, leider aber bisher oft vernachlässigten Erfahrung, daß die römischen Juristen sich darauf verstanden und es sich angelegen seyn ließen, möglichst zu individualisiren: ein Verfahren, das auch nach der Ansicht der Neuern, allein in der Praxis zu einer zweck- und vernunftgemäßen Rechtspflege führen kann [1]). Und ist auch nicht zu verkennen, theils

---

[1]) S. Kritz, über die Culpa nach römischen Recht, Leipzig 1823. 8. §. 1., S. 1 und f. — Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Göttingen 1831. §. 1., S. 1. Vorzüglich vergl. m. Bentham's Grundsätze der Civil- und Criminalgesetzgebung; herausgeg. von Dúmont, für Deutschland bearbeitet von D. Fr. E. Benecke, Berlin 1830. 2 Bde. insbesondere auch in der Vorrede S V u. f. — Dieses interessante Werk, das auf England, Frankreich und Amerika großen.

daß die römischen Juristen in der Aufstellung abstracter Begriffe weniger scharf als praktisch waren [2]; theils, daß der größte Theil des römischen Rechts, vielleicht das römische Recht, wie es auf uns gekommen ist, in seinem ganzen Umfange, seinen Ursprung und seine Gestalt fast ausschließlich einer gewissen Casuistik verdanke [3]: so legt sich doch bei unbefangener Prüfung dieser Erscheinungen offen zu Tage, daß gerade diese Maximen es sind, denen wir die scharfsinnigen und praktischen Distinctionen des römischen Rechts verdanken [4].

Welchen Einfluß die Philosophie auf das Studium und die Ausbildung des römischen Rechts gehabt, wie sie auf Theorie und Praxis gleich vortheilhaft gewirkt habe und daß dieß zu allen Zeiten auch anerkannt und ausgesprochen worden sey, bestätigen die Quellen. Cicero, der classische Zeuge seines Zeitalters und seiner Vorzeit, beklagte sich oft und ernst über den schlechten Zustand des Rechts, über die seichte, unwissenschaftliche Bearbeitung der Praxis und über ein geistloses Anhangen an dem Buchstaben der Gesetze. Nos veri

---

Einfluß geäußert hat, hat bisher in Deutschland noch wenig Eingang gefunden, zumal es mit manchen bei uns einheimisch gewordenen Ansichten im Widerstreite zu stehen scheint.

[2]) Paulus in der L. 202. D. de reg. jur. (50. 17.) giebt uns auf eine interessante Weise den Schlüssel zu diesem Verfahren der römischen Juristen, indem er sagt: omnis definitio in jure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti possit. — S. Gönner, über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft unserer Zeit. Erlangen 1815. S. 99.

[3]) S. Kritz, die Culpa nach röm. Recht, Einleitung S. 6 und vornehmlich S. 12 u. f. Diese Einleitung ist sehr lesenswerth und charakterisirt den Geist des römischen Rechts auf eine sehr anziehende Weise.

[4]) Die höchste Ausbildung des römischen Rechts als Wissenschaft, fällt in die Periode von Cicero bis Alexander Severus, wie Hugo in s. Lehrbuche eines civil. Cursus, 2te Aufl. Berlin 1799. 3r. Bd. §. 219. u. f. S. 230 sq. gezeigt hat, und die Kenntniß der Geschichte des römischen Rechts selbst untrüglich bestätigt.

juris, sagt er [5]), germanaeque justitiae solidam et expressam effigiem nullam tenemus, umbra et imaginibus utimur; und in der Rede pro Murena, Cap. 12., cum enim permulta praeclare legibus essent constituta; ea jurisconsultorum ingeniis pleraque corrupta et depravata sunt. In omni enim jure civili aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt. Dagegen hebt Cicero an mehreren Stellen die Eigenschaften des Serv. Sulpitius hervor, von welchem er (Philipp. IX. Cap. 5.) sagt: Non silebitur admirabilis illa et paene divina ejus in legibus interpretandis, aequitate explicanda, scientia. Omnes, ex omni aetate, qui hac in civitate intelligentiam juris habuerunt, si unum in locum conferantur, cum Servio Sulpitio non sunt comparandi. Neque enim ille magis juris consultus, quam justitiae fuit [6]). Itaque quae proficiscebantur a legibus, et a jure civili, semper ad facilitatem, aequitatemque referebat: neque constituere litium actiones malebat, quam controversias tollere. Und von demselben Serv. Sulpitius (Brutus Cap. 41.) die schönen, bemerkenswerthen Worte: Sic, Brute, existimo, juris civilis magnum usum [7]) et apud Scaevolam, et apud multos fuisse; artem [8]) in hoc uno (Servio Sulpitio): quod nunquam effecisset ipsius juris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partes [9]), latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando; ambigua primum videre, deinde distinguere, postre-

---

[5]) De Offic. Lib. III. Cap. 17.

[6]) cf. Marani Commentar. de aequitate sive justitia, in ej. Oper. pag. 1. — Heineccius, opusculor, varior. sylloge, Halae-Magdeb. 1735. 4. Exercit. XIII. S. 523.

[7]) Usus im Gegensatze von ars entspricht offenbar unserm deutschen Schlendrian.

[8]) Man erinnere sich hierbei der Definition, die Celsus in der L. 1. D. de just. et jure von jus giebt: est ars boni et aequi.

[9]) Diese Worte enthalten unverkennbar eine Hinweisung auf die Nothwendigkeit des Individualisirens.

mo habere regulam, qua vera et falsa judicarentur, et quae quibus positis essent, quaeque non essent consequentia. Hic enim attulit hanc artem omnium artium maximam, quasi lucem ad ea, quae confuse ab aliis aut respondebantur, aut agebantur [10]. Welchen Einfluß auf das jus Cicero der Philosohie zugestanden, zeigt er demnächst in der Stelle de legibus Lib. I., Cap. 5. His enim explicatis fons legum et juris inveniri potest. Non ergo a Praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a XII tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam juris disciplinam putas; und de Oratore Lib. I. Cap. 42. Adhibita est igitur ars quaedam extrinsecus ex alio genere quodam, quod sibi totum philosophi assumunt, quae rem dissolutam, divulsamque conglutinaret, et ratione quadam constringeret. Sit ergo in jure civili finis hic, legitimae atque usitatae in rebus, causisque civium, aequabilitatis conservatio. In den Tuscul. Quest. Lib. I. Cap. 3. sagt er in ähnlicher Beziehung: jacuit philosophia ad hanc usque aetatem [11]. Und wer kennt nicht die trefflichen Worte Ulpian's in L. 1. D. de just. et jure: justitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum

---

[10]) Diese trefflichen Worte Cicero's sind eine der schönsten Lehren, die einem praktischen Juristen gegeben werden können, so wie überhaupt das Studium der unsterblichen Schriften Cicero's dem Rechtsgelehrten nach meiner Ueberzeugung nicht dringend genug empfohlen werden kann. S. Hugo, a. a. O. 3r. Bd. S. 290. — Um sich recht vollständig davon zu überzeugen, wie Cicero über den Zusammenhang der Philosophie und des Rechts dachte, muß man die Bücher de legibus lesen, in welchen er seine Ansichten klar entwickelt hat. —

[11]) Auch Plinius, epist. 1. 10. bestätigt den Zusammenhang zwischen Philosophie und Recht in den Worten: Esse hanc philosophiae, et quidem pulcherrimam partem, agere negotium publicum, cognoscere, judicare, promere et exercere justitiam; quaeque ipsi doceant, in usu habere.

etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam assectantes [12]). Der enge Zusammenhang der Philosophie und des Rechts bei den Römern zeigt sich auf eine eben so überzeugende, als interessante Weise, wenn wir erwägen, daß Justinian in §. 1. Inst. de just. et jure und Ulpian in L. 10. D. de just. et jure die jurisprudentia definiren: rerum divinarum atque humanarum notitia, justi atque injusti scientia, während Cicero an mehreren Stellen [13])

---

[12]) Manche Codices lesen affectantes anstatt assectantes. S. Glück, Erläut. der Pandekten nach Hellfeldt. Thl. 1. §. 27., S. 303, not. 73.

[13]) de Offic. I. 43; Tusc. quest. V. 3. de Fin. bon. et malor. II. 12. — So schwankend auch die von Justinian und Ulpian gegebene Definition von jurisprudentia seyn mag, so ist doch gewiß nichts unnatürlicher und unangemessener, als sie so erklären zu wollen, wie es die bei Glück a. a. O. Thl. 1., S. 204, not. 74 angeführten Schriftsteller gethan haben, indem sie divinarum et humanarum rerum auf ein geistliches und weltliches Recht deuten wollen. Wenn Höpfner in seinem Commentar §. 22. dieselbe Erklärung giebt, so glaube ich, eine so steife und ungeschickte Auslegung nur daraus erklären zu können, daß der sonst so verdienstvolle Höpfner dabei an die Doctores juris utriusque gedacht und in der Stille diese Benennung auch aus jener Definition von jurisprudentia abgeleitet hat. Und wenn auch Cicero selbst in seinem Buche de Senectute und zwar Cap. 11. sagt: jus augurum, pontificium, civile tracto; und Cap. 14. quid de pontificii, et civilis juris studio loquar, so ist doch klar, daß diese Aeußerungen in keinem Zusammenhange, noch in irgend einer erläuternden Beziehung zu jenen rebus divinis et humanis stehen, mit denen Ulpian die jurisprudentia definirt. Wenn sich die Römer unter rebus divinis et humanis nicht etwas ganz Anderes, weit Höheres, gedacht hätten, so würde Cicero nicht de Amicitia, Cap. 6, gesagt haben: Est autem amicitia nihil aliud, nisi omnium divinarum atque humanarum rerum cum benevolentia et caritate summa consensio. Und wenn ich auch dahingestellt seyn lassen will, ob Cicero gerade bei dieser Definition dem genügt habe, was er in Topic. Cap. 4. lehrt: definitio est oratio, quae id, quod definitur, explicat quid sit; so läßt sich doch

die Philosophie divinarum atque humanarum rerum scientia nennt, und dieser Zusammenhang uns um so weniger befremden darf, wenn wir von Cicero (pro Archia, Cap. 1.) hören: Etenim omnes artes, quae ad humanitatem pertinent, habent quoddam commune vinculum et quasi cognatione quadam inter se continentur. Wie sehr der Einfluß der Philosophie auf das Recht überhaupt und auf die Ausbildung und die Stellung der aequitas gewirkt habe, ist nicht zu verkennen und bedarf nicht erst der ausführlichen Entwickelung.

Allein, ungeachtet der Philosophie und ihrer entschiedenen Mitwirkung auf die Fortbildung der Rechtswissenschaft und der Rechtsquellen konnte es, zumal bei der Neigung der römischen Juristen zur Casuistik und bei dem successiven Verfall der römischen Staatsverfassung und der Wissenschaften überhaupt, nicht fehlen, daß mit der Zeit auf der einen Seite das Studium des Rechts vernachlässigt ward, auf der andern aber die Masse der Quellen mehr und mehr zunahm und auf diese Weise zu Justinian's Zeiten zu einem solchen Coloß herangewachsen war, daß Justinian in §. 1. de conceptione Digestorum sagen mußte: reperimus autem omnem legum tramitem, qui ab urbe Roma condita et Romuleis descendit temporibus, ita esse confusum, ut in infinitum extentatur, et nullius humanae naturae

---

das, was ich oben aus jener Stelle abgeleitet habe, wohl schwerlich bezweifeln. Ueber die Auslegung jener Definition Ulpian's vergleiche man übrigens: Hoppii Commentar. in Inst. Justin. und Brunnemanni Comment. ad Pandect. ad h. Tit. und über den Einfluß der Philosophie auf das Recht überhaupt: Pauli, Diss. de utilitatibus, quas attulit philosophia ad jura et jurisprudentiam Romanam, Lips. 1753, 4., wo §. XI. in Beziehung auf die Zeit des zerrütteten Zustandes des röm. Rechts gesagt wird: medicinam perpetuam ab aequitate petierunt. — Siehe Hufeland, über den eigenthümlichen Geist des röm. Rechts u. s. w. Giesen 1814—17. 2 Theile. 8.

capacitate concludatur etc. [14]). In diesen Worten hat Justinian zugleich mit prophetischem Geiste in gewisser Rücksicht den jetzigen Zustand unseres Rechts geschildert. Das Labyrinth von positiven und nicht positiven, mit allen möglichen Widersprüchen sich durchkreuzenden, dem eminentesten Gedächtniß unerfaßlichen, sogenannten Quellen alles dessen, was heut' zu Tage als angewandtes Recht gepriesen wird, ist einem undurchdringlichen Schleier zu vergleichen, der von einem Menschen in einem Menschenalter ohne einen Machtspruch so wenig gehoben werden kann, als der gordische Knoten nicht ohne ein Schwerdt zu lösen war.

Das römische Recht, das, der Natur seiner Rechtsbücher nach, wie sie von Justinian auf uns gekommen sind, an sich als ein abgeschlossenes Ganze betrachtet werden könnte, mußte theils schon überhaupt sehr bald wieder nach dem Bedürfnisse der Zeit Abänderungen erleiden, theils darf man nur die Geschichte seiner Reception in Deutschland betrachten, um sich zu überzeugen, wie sehr es ohne eine cum grano salis gemachte Anwendung damals mehr schaden als nützen mußte [15]). Die große Einseitigkeit, mit der dasselbe zunächst durch Vorurtheile eingeführt und unter dem fortdauernden Einflusse derselben gehandhabt ward, auf der einen Seite, und die oft zu große Anhänglichkeit an die positiven Bestimmungen des römischen Rechts auf der andern Seite, führten leider zur Anwendung des fremden Rechts auf die heterogenesten Institute

---

[14]) Schon Livius äußerte über die Anhäufung der Rechtsquellen: Qui nunc quoque in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo fons omnis publici privatique est juris.

[15]) C. S. Zachariä in seinen Anfangsgründen des philosophischen Privatrechts, Leipzig 1804, sagt in der Vorrede S. VI sehr wahr: das corpus juris civilis, als ein Gesetzbuch betrachtet, ist ein im hohen Grade unvollkommenes Werk; aber als Sammlung von philosophischen Entscheidungen über einzelne Fälle wird es noch lange unentbehrlich bleiben. — v. Gönner, über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit. Erlangen 1815. Einleit. S. 17 sq. u. S. 96 sq.

germanischen Ursprungs, verwirrten die Begriffe und riefen in einem kurzen Zeitraume oft über die einfachsten Rechtsfragen die widersprechendsten Controversen in's Leben. Die Vernachlässigung der allgemeineren Gesichtspunkte der Quellen, ohne welche die specielleren nie richtig aufgefaßt, verstanden und angewendet werden können, und das Verkennen des höheren Geistes, der diesen allgemeinen Sätzen zum Grunde lag und durch das ganze Gebäude des röm. Rechts hindurchleuchtet, haben nicht allein der Anwendung des röm. R. selbst, sondern namentlich unserer Praxis sehr geschadet, weil dadurch dem Selbstdenken und Selbstforschen auf eine höchst unnatürliche Weise enge Fesseln angelegt wurden. Und wenn auch diese Fesseln durch den Zeitgeist hie und da gebrochen worden sind, so lasten doch ihre Spuren und ihre Folgen noch schwer auf uns.

Im Allgemeinen zähle ich mich, wie ich offen bekenne, zu den Juristen, die in der Beseitigung des römischen Rechts, als einer subsidiarischen Rechtsquelle, allein, das Heil eines Staates und das Gedeihen einer guten Rechtspflege nicht zu finden vermögen und kann nicht bergen, daß eine solche Lossagung von jenem Urquell des Rechts für den Juristen, der Sinn für Wissenschaftlichkeit besitzt, etwas Betrübendes hat. Es scheint mir dieß Verlassen des r. R. überhaupt um so bedenklicher, so lange wir nach den vorliegenden Beispielen mehrerer Staaten Europa's, die bereits im Besitze eigener Civilgesetzbücher sind, noch nicht absehen können, wie viel durch die Einführung eines Civilgesetzbuches wirklich für uns gewonnen wird. Nach meiner Ueberzeugung ist die Einführung einer tüchtigen Prozeßordnung und die Oeffentlichkeit des gerichtlichen Verfahrens die wesentliche Bedingung der Vortheile eines allgemeinen Landrechts, wenn dem bisherigen Schlendrian abgeholfen werden soll, der weit mehr in den schleppenden Formen des Prozeßganges [16]), als in der allerdings nicht zu verkennenden Weit-

[16]) S. Entwurf zu einer dem Naturgesetze entsprechenden Rechts- und Gerichtspflege, besonders geschrieben für Kursachsen und des-

läuftigkeit und Ungewißheit unserer Rechtsquellen seinen Grund hat [17]). Auf der andern Seite dürfen wir nicht vergessen, daß das Recht so wenig der Juristen wegen da ist, als die Arzneiwissenschaft der Aerzte wegen, und wenn daher eine Einrichtung getroffen werden kann, die dem wahren Bedürfnisse der Rechtsuchenden entspricht, so ist es die Pflicht jedes Rechtskundigen, einen solchen Ausweg nach Kräften zu befördern.

So lange dieser Weg aber noch nicht gefunden, namentlich ein Civilgesetzbuch — denn ich spreche hier nur von dem jus civile — noch nicht eingeführt ist, muß jeder Jurist dahin streben, das jetzige Chaos von Rechtsquellen und die daraus entstehende Unsicherheit des Rechtszustandes, so viel an ihm ist, möglichst unschädlich machen zu helfen.

Solche Betrachtungen, die jedem Unbefangenen sich aufdringen, führten mich zunächst auf die unerläßliche Nothwendigkeit eines steten Erwägens, Abmessens zwischen jus und

---

sen Landstände. Leipzig 1805. Vorrede. — Die dringendsten Gebrechen der vaterländischen Civilrechtspflege und Ideen, denselben abzuhelfen. Von einem K. S. Staatsdiener. Dresden 1826. 8.

[17]) Ich will damit nichts anderes andeuten, als daß die Einführung eines Civilgesetzbuches ohne Oeffentlichkeit des Verfahrens nicht so dringend scheint, als manche glauben, während freilich das öffentliche Verfahren ohne ein besonderes Gesetzbuch kaum ausführbar seyn würde. Ich werde später Gelegenheit haben, mich darüber etwas weiter zu verbreiten und ich verweise vorjetzt auf die interessante Abhandlung Roßhirt's, von den Ansichten unserer Zeit über die wichtige Frage der Codification. In dessen Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht; auch unter dem Titel: Abhandlungen civilistischen und criminalist. Inhalts. Heidelb. 1833. 8. 1r. Band, S. 91 u. f. — M. vergl. auch Thibaut, über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland. Heidelb. 1814. — v. Savigny, vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelb. 1814, und Gönner, über die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit, Erlangen 1815, der sich nachdrücklich gegen v. Savigny erklärt.

factum, als den beiden Objecten aller rechtlichen Entscheidungen und bei genommener Einsicht der Quellen selbst, auf die Rechtsidee der römischen aequitas und deren so höchst wichtige Stellung in der Theorie des Civilrechts. Diese Stellung ist bisher oft verkannt und nicht immer klar dargestellt worden; wobei, was die neuere Zeit betrifft, nicht zu verkennen ist, daß die Verwechselung dieses Begriffs mit unserem deutschen Billigkeit dem Auffinden jener Stellung der aequitas in der Theorie hemmend entgegentrat.

Die öftere Gelegenheit, von sehr unterrichteten Rechtsgelehrten und tüchtigen Civilisten mit einer gewissen Verächtlichkeit von der Idee der Billigkeit sprechen zu hören, und die Art und Weise, wie solche Ansichten unterstützt zu werden pflegen [18]), führte bei nur einigem Nachdenken über diesen wichtigen Gegenstand, zu der Ueberzeugung, daß es an einer richtigen Erkenntniß und Würdigung der römischen aequitas im Allgemeinen fehle und daß es daher wohl kein ganz nutzloses Beginnen seyn dürfte, die wahre Stellung der aequitas des röm. Rechts aufzusuchen und ihren Begriff deutlicher, als es bisher gewöhnlich geschah, zu erörtern. Je weniger die Schwierigkeiten einer solchen Arbeit zu verkennen sind, desto mehr glaube ich auf die Nachsicht meiner Leser rechnen zu dürfen und berufe mich deßhalb auf die Worte Schulting's in seiner Dissertation de aequitate et stricto jure, Cap. II., pag. 13: Etsi quis aequitatem in scripturam redigere vellet, non quidem frustra laboraret; verum non omne quod ex aequo deduci posset, exhauriret, sed majus relinqueret aliis, cum aequitatis fundum attigi non possit.

---

[18]) M. s. Müllner's Elementarlehre der richterlichen Entscheidungkunde, Leipz. 1812, 8., No. XIII., S. 64. — Daß auch zur Zeit der röm. Juristen Einzelne, vielleicht durch einen besondern Fall verleitet, die Aequitas mit dem Begriffe unserer subjectiven Billigkeit verwechselten, zeigt Celsus, indem er in der L. 91., §. 3. D. de verb. oblig. (45. 1.) sagt: Est haec questio de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose erratur.

Wenn ich schon auf dem Titel meiner Schrift den Ausdruck römische Aequitas gebraucht und mithin das Wort Aequitas als etwas bei uns eben so Recipirtes angesehen habe, wie es z. B. Culpa ist, so bedarf ich deßhalb wohl nicht erst einer Rechtfertigung, wenn ich auf das mich beziehe, was ich unten über die Aequitas, ihre Etymologie und wahre Bedeutung gesagt habe.

Ohne allen Widerspruch glaube ich die Behauptung an die Spitze stellen zu dürfen, das die Rechtsidee der Aequitas so alt ist, als unsere ältesten Rechtsquellen selbst, daß sie daher ein historisches Recht auf unsere Beachtung und auf eine ihrem Wesen angemessene Stellung in der Theorie des Civilrechts hat. Nun hoffe ich aber, schon die Behauptung, daß die Aequitas als Gegenstand meiner Schrift ein historisches Recht für sich habe, werde hinreichen, dieser günstige Leser zu verschaffen, da die jetzige Zeit so sehr geneigt ist, historische Rechte gegen die von dem Zeitgeiste darauf gewagten Angriffe zu vertheidigen. Dieß letztere wird aber in Hinsicht meines Gegenstandes um so weniger nöthig seyn, da hier der historische Grund mit dem Geiste unserer Zeit, wenn ich ihn durch das Streben nach Rationalismus in der Jurisprudenz bezeichnen darf, offenbar zusammen trifft.

Wenn wir die Gesetze der XII Tafeln als die älteste, geschriebene und positive Quelle des römischen Rechts, und mithin in gewisser Hinsicht des Rechts überhaupt, ansehen und dabei voraussetzen, daß diese uns nur in geringen Bruchstücken bekannt wordenen Gesetze als das Ergebniß der damaligen Forschungen, und das Bedürfniß der damaligen Zeit, diesen Bedürfnissen selbst zunächst entsprochen haben [19]), so läßt sich doch — man müßte die Schicksale aller Gesetzgebungen der Welt nicht kennen — nicht zweifeln, daß dieß Be-

[19]) Von den Legib. XII. Tabular. sagt Cicero, de Oratore I. 44. Fremant omnes licet; dicam, quod sentio: Bibliothecas mehercule omnium philosophorum, unus mihi videtur XII. Tabularum libellus, si quis legum fontes et capita viderit et auctoritatis pondere, et utilitatis ubertate superare.

dürfniß bei dem Fortschreiten der Cultur und dem Wechsel der Sitten, namentlich auch bei dem Einflusse der griechischen Philosophie auf die wissenschaftliche Behandlung des römischen Rechts, sehr bald sich erweitert und eine umfassendere Gestalt des anwendbaren Rechts gefordert habe [20]). Dieß Bedürfniß ward zunächst fühlbar in der Praxis, welche bekanntlich überall älter ist als die Theorie und welche, durch die Nothwendigkeit geleitet, neue Rechtsansichten und neue Rechtsquellen schuf.

Vollkommen einverstanden mit dem, was Hugo [21]) über die Nothwendigkeit des rechtsgeschichtlichen Studiums sagt, wenn man sich bei dem juristischen Studium nicht bloß auf das Handwerksmäßige einschränken will, mache ich darauf aufmerksam, wie wir dabei auch nicht vergessen dürfen, daß die Aequitas der Römer, als ein vom Ursprung des Rechts an unzertrennlicher Theil desselben, einen eben so gegründeten Anspruch auf eine gründliche, historisch-critische Erörterung habe, als jeder andere Theil des Systems des röm. Rechts, dessen geschichtliches Studium uns Hugo mit Recht so dringend anempfiehlt [22]). Ja, es würde uns offenbar der Vorwurf der Einseitigkeit gemacht werden müssen, wenn wir ein Institut der Römer vernachlässigen wollten, das, mit dem röm. Rechte selbst gleichzeitigen Ursprungs, neben ihm und auf das engste mit ihm verzweigt, sich fortgepflanzt hat und das daher davon nicht getrennt werden kann, wenn wir nicht den Quellen, die darüber so klares Licht verbreiten,

---

20) S. Maranus a. a. O. S. 15.

21) In s. Lehrbuch eines civilistischen Cursus, 3r. Band. 3te Auflage. Berlin 1806. 8. Einleit. §. 1. u. f.

22) Wie leicht aber eine zu große Vorliebe für das rechtsgeschichtliche Studium zu höchst unpraktischen Ansichten führen kann, lehrt nach meiner Ueberzeugung die Einsicht der bekannten Schrift von v. Savigny, über den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Heidelberg 1814. Man vergl. damit v. Gönner's Widerlegung Savigny's in s. Schrift über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft unserer Zeit. Erlangen 1815.

einen unnatürlichen Zwang anlegen wollen, den wir bei den Veteranen des röm. Rechts, die wir in einem Gajus, Ulpian, Papinian, Paulus u. a. verehren, nie verantworten könnten. So finden wir die Aequitas, gleichsam als die Seele, den belebenden Geist des römischen Rechts bis auf Justinian's Zeiten, in dessen Rechtsbüchern selbst und in den Schriften der spätern Rechtslehrer bis in die neuesten Zeiten fortgepflanzt, die Wichtigkeit ihrer Stellung jedoch oft mehr gefühlt als gedacht, mehr angedeutet als deutlich ausgesprochen.

II.

Die etymologische Bedeutung des Wortes aequitas zeigt untrüglich, daß die Römer für den Begriff, den sie im Verhältniß zum jus civile und jus überhaupt damit verbanden, einen treffenderen Ausdruck nicht wählen konnten. Die Schriften der Classiker und die Fragmente der römischen Juristen stimmen damit vollkommen überein. Aequitats, aequabilitas, aequum jus, von aequum, deutet auf das wahre Verhältniß zwischen jus und factum und das richtige Abmessen zwischen beiden, das aequare jus facto, wodurch auf die treffendste Weise der wahre Zweck des Geschäfts jedes entscheidenden Richters bezeichnet wird [23]). Die Römer fühlten recht wohl, daß nur auf dem Wege dieses Verfahrens die Idee eines möglichst vollkommenen Rechts, der Gedanke der wahren justitia, die nach Justinian und Ulpian [24]) constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi seyn soll, einzig und allein realisirt werden könne. Wenn wir daher den

---

[23]) Vergl. Roßhirt's Abhandlung: giebt es noch stricti juris obligationes im gemeinen deutschen Rechte rc. in dessen Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht. Bd. 1. S. 82.

[24]) §. 1. Inst. de just. et jure und L. 10. D. de just. et jure.

Fall denken, daß in einem Staate das Recht bis zur möglichst hohen Vollkommenheit in Theorie und Praxis ausgebildet worden, so würden die Begriffe jus und aequitas in eins zusammenfließen, weil dann jeder angewandte Rechtssatz, jede Rechtsnorm, auch aequum jus seyn müßte, mithin kein Mißverhältniß zwischen jus und factum, keine iniquitas, denkbar wäre [25]). Ein Ideal, auf welches Cicero an verschiedenen Stellen seiner Schriften hindeutet. Aus gleichem Grunde scheint es auch vollkommen richtig, wenn in Bezug auf die Quellen behauptet wird, daß factum bei den römischen Juristen oft so viel bedeute als aequitas [26]). Der Gebrauch

---

[25]) Damit stimmt überein, was Pölitz in s. Encyklopädie der gesammten philosophischen Wissenschaften. Leipzig 1807. 2 Thle. 8. 1r. Thl. S. 365 und 2r. Thl. S. 252. über das Ideal des Rechts sagt.

[26]) cf. Hommel, Rhaps. obs. 537. Edit. IV. Tom. IV. pag. 135. sq. — L. 10. D. de capite minut. (IV. 5.) L. 1. §. 3. D. de acquir. vel amitt. possess. (XLI. 2.) L. 27. §. 2. D. de pactis. (II. 14.) L. 41. D. de pecul. (XV. 1.) L. 48. §. 1. D. de acquir. rer. domin. (XLI. 1.) — In der zuerst angeführten L. 10. D. de cap. minut. sagt Modestin: si habitatio legetur, tale legatum in facto potius, quam in jure consistit; und Paulus in der L. 48. §. 1. D. de acquir. rer. domin: Pomponius putat verendum, ne non sit bonae fidei possessor, quamvis capiat; hoc enim ad jus, id est usucapionem, illud ad factum pertinere, ut quis bona aut mala fide possideat. Auch bei Cicero finden wir Belege für die Richtigkeit dieser Ansicht. Daß auch der Unterschied zwischen bonae fidei und stricti juris actiones und der Begriff der actiones in factum damit genau zusammenhänge, leidet keinen Zweifel. Die Darstellung dieser Verhältnisse aber würde mich hier zu weit führen und ich verweise daher auf: Gans, über römisches Obligationrecht. Heidelberg 1819. 8. 1ste Abhandlung über bonae fidei und stricti juris actiones. — Roßhirt, a. a. O. Bd. 1. — Grundling, Diss. de usu pract. action. bonae fidei et stricti juris. Hal. 1724. 4. in ej. Exercit. academ. num. 15., pag. 769. sq. — Glück, Erl. der Pandekten. Thl. 4. §. 300., S. 251. Thl. 8. §. 277. S. 615. Thl. 18. §. 1075., S. 153 und vorzüglich auch Thl. 1.

von jus und factum neben einander in vielen Fragmenten der römischen Rechtsbücher bürgt für die Richtigkeit dieser Auslegung, die in Hinsicht auf das Verhältniß der aequitas und ihres Verständnisses nicht ohne Einfluß ist. Den Zweck des aequare jus facto, der aequitas im Sinne der Römer, kann man vorerst durch ein Bild am beßten sich versinnlichen, wenn man die Justitia sich vergegenwärtigt, wie die Mythologie mit der Waage in der Hand und mit verbundenen Augen sie uns darstellt, wägend in einer Waagschale das jus in der andern das factum, so lange schwankend und ermessend, bis die Zunge möglichst im Gleichgewicht, im aequilibrio steht, womit auch die ursprüngliche Bedeutung von aequum übereinkommt. Im Gefühl des Treffenden dieser bildlichen Vorstellung nannte schon ein älterer Jurist die aequitas: **aequilibrium justitiae**[27]. Nichts war daher wohl natürlicher, als daß die Römer unter der Handlungsweise der Prätoren ein aequare jus facto verstanden, und das auf diesem Wege geschaffene Recht selbst aequitas nannten, wenn die Prätoren in Fällen, wo das vorhandene positive Recht nicht ausreichte, neue Rechtsnormen schufen, indem sie durch ein vernünftiges Erwägen zwischen den gegebenen Thatsachen, den sie begleitenden besondern Verhält-

---

§. 1., S. 11 sq., wo Glück über das Verhältniß zwischen jus und factum sich ausspricht.

[27]) Speidel nach dem Zeugnisse Krefs's in dessen Diss. de aequitate. Helmst. 1731. 4. §. 17. — Was ist es anderes, als diese Aequitas die in den heutigen constitutionellen Verfassungen die Gleichheit vor dem Gesetz und mithin die Gleichheit des Gesetzes selbst, zur ersten und wesentlichsten Bedingung macht? Daher auch nicht zu bezweifeln ist, daß auf dem Wege des constitutionellen Lebens, das freilich durch seine mächtigen Gegner den Völkern noch zu sehr verkümmert wird, mehr als sonst das Ideal eines guten Rechtszustandes erreicht werden kann. Wie war es früher möglich, an die Ausführbarkeit einer aequitas in jure zu denken, so lange noch privilegirte Stände aller Art für etwas Besseres gehalten wurden, als andere Staatsbürger? —

nissen und den vorhandenen allgemeinen Rechtssätzen, von denen die Quellen sagen, daß sie als naturalia jura apud omnes gentes peraeque servantur [28]), Entscheidungen gaben. Diese wurden nachher im Complex jus honorarium genannt [29]), welches Marcian in der L. 8. D. de just. et jure so treffend und wahrhaft charakteristisch die viva vox juris civilis nennt. Ein klarer Beweis, wie sehr schon die römischen Juristen sich überzeugt hielten, daß Theorie ohne Praxis ein todtes Wesen sey, welches nur erst durch die Anwendung auf die Wirklichkeit, die gegebenen Fälle, und zwar durch eine vernünftige, sachgemäße Anwendung, Leben erhalte. Die Quellen bestätigen ferner, daß die aequitas nicht bloß der subjective Beweggrund (naturalis ratio) für die Handlungsweise der Prätoren, sondern daß sie die Handlungweise selbst war und daß auch das auf dem Wege ihrer Entscheidungen Producirte, die von ihnen angenommenen Rechtsnormen selbst, als aequitas wirklich erkannt ward. Denn die Römer betrachteten die aequitas ungefähr in demselben Sinne als eine wahre Rechtsquelle, in welcher wir heutzutage z. B. die Idee des Gerichtsbrauchs (usus fori) oder die der Analogie nicht für zu abstract halten, um sie zu einer Quelle unsers angewandten Rechts zu erheben. Wenn daher auch später, wie schon erwähnt, das durch die Prätoren geschaffene Recht jus honorarium genannt ward, so war dieß doch nur ein Name, dessen Bedeutung uns Papinian in der L. 7. D. de just. et jure erklärt [30]), seinem Wesen nach blieb es die aequitas, das aequum jus. Und wenn also, wie

---

[28]) §. 11. Inst. de just. et jure, und §. 1., Inst. de jure nat. gent. et civ. —

[29]) L. 7. D. de just. et jure. — Bach, histor. jurispr. Roman. Edit. VI. stud. Stockmann, Lips. 1807. 8. Lib. II. Cap. II. §. IX., S. 218.

[30]) Er sagt dort: Jus Praetorium est, quod Praetores introduxerunt adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam; quod et honorarium dicitur, ad honorem Praetorum sic nominatum.

jedoch nicht immer geschah, die aequitas dem jus strictum entgegengesetzt wird, so ist dabei an das strenge Formelwesen der Römer zu denken, an dem man allerdings in der Regel mit steifer Anhänglichkeit festzuhalten schien. Dennoch war das römische Volk, obschon auf der einen Seite nicht leicht zu neuen Gesetzen zu bestimmen [31]), doch desto geneigter, das jus praetorium, das als ein aequum jus unwillkürlich aus der Praxis hervorging [32]), anzuerkennen und ihm seinen Beifall zu geben [33]). Wir finden aber auch die aequitas nicht im Gegensatze von jus (jus strictum),

---

[31]) Davon mochten die Römer durch den, von Ulpian nachher in L. 2. D. de const. princ. (1.4.) uns mitgetheilten Grundsatz: in rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu aequum visum est, abgehalten werden.

[32]) Daher sagt Modestin im Libro Regularum (L 40. D. de legibus, I. 3.) Ergo omne jus aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo. — S. §. 2. Inst de jur. nat. gent. et civ: Nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes sibi humanae quaedam jura constituerunt. — L. 2. §. 5. D. de origine juris. Cicero, de Offic. III. 16.

[33]) Der den Prätoren von älteren Schriftstellern gemachte Vorwurf, als ob sie ihren Wirkungskreis überschritten hätten, indem sie neue Rechtsnormen, man kann nicht sagen neue Gesetze, schufen, ist ungegründet. Wenn Höpfner in s. Commentar §. 52. S. 78. not. 2. einen solchen Vorwurf nicht ganz ablehnt, so hätte er nur den Inhalt des unmittelbar vorher von ihm angeführten §. 7. Inst. de just. et jure näher in's Auge fassen dürfen, wo Justinian sagt: Praetorum quoque Edicta non modicam juris obtinent auctoritatem. Hoc etiam jus honorarium solemus appellare, quod qui honorem gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic juri dederunt. — Bach in s. histor. jurispr. Rom. Lib. II. Cap. II. Sect. III. de jure honorario, S. 211 bis 226 hat das wahre Verhältniß der Prätoren sehr gut dargestellt und die irrigen Ansichten über die Stellung der Prätoren treffend und gründlich widerlegt. — Cicero sagt in Verr. lib. 1. cap. 44. posteaquam jus praetorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus.

sondern neben demselben und dann kann über ihre Eigenschaft als Rechtsnorm um so weniger Zweifel obwalten, je weniger dann die Verwechselung mit naturalis ratio möglich ist.

Daß die Prätoren nicht aus Rücksichten der Billigkeit, im heutigen Sinne des Wortes, sondern durch das Bedürfniß geleitet, der Nothwendigkeit nachgebend, neue Rechtsnormen schufen; daß sie daher dabei nicht begründeten ein Nachlassen von der Strenge des Rechts, das wir jetzt mit der Idee unserer Billigkeit verbinden, dieß wird wohl schwerlich in Zweifel gezogen werden [34]). Schon dieß allein dürfte hinreichen, die Ueberzeugung zu gewinnen, daß die röm. Aequitas etwas ganz anderes sey, als unsere Billigkeit, die jener ganz fremd, wenn auch den römischen Juristen nicht unbekannt war. Aber unverkennbar ist es, daß die Verwechselung der Begriffe der röm. Aequitas und der deutschen Billigkeit sehr viel dazu beigetragen hat, die wahre Stellung der ersteren zu verdunkeln, wenn auch von einzelnen Schriftstellern zu allen Zeiten darauf hingewiesen ward. Eine kürzliche Erwägung des Ursprungs der deutschen Billigkeit und ihrer heutigen Bedeutung wird lehren, daß wir jetzt dem Worte Billigkeit überhaupt einen anderen Sinn unterlegen, als es seinem Ursprunge nach hatte, und daß es eigentlich in dieser ursprünglichen Bedeutung dem Sinne der röm. aequitas mehr entspricht, als der Sprachgebrauch es jetzt anzunehmen gestatet, wenn man nicht gegen den Strom der gemeinen Meinung schwimmen will. Der heutige Sprachgebrauch verbindet nämlich mit dem deutschen Billigkeit fast ausschließlich die Idee der moralischen, christlichen Billigkeit, des Nachlassens von der Strenge des Rechts aus Rücksichten der Menschlichkeit, das Anerkennen unvollkomme-

[34]) Recht deutlich geht dieß hervor aus dem, was Ulpian in der L. 1. D. de eo, per quem fact. erit. (2. 10.) sagt: aequissimum putavit praetor, dolum ejus coërcere, qui impedit aliquem judicio sisti; und an einem andern Orte: praetorem tunc uti aequitate, cum punit eum, qui alioquin civili tantum jure inspecto remaneret impunitus.

ner Rechte oder die Erfüllung unvollkommener Pflichten. Daß dieser Begriff allerdings nicht Gegenstand der Theorie des Civilrechts sey, ist eine ausgemachte Sache.

Das deutsche Billigkeit stammt von Bill, welches im Altdeutschen so viel war als Recht, empfundenes Recht [35]), im Gegensatze des gegebenen, geschriebenen

---

[35]) Adelung, in seinem Wörterbuche der hochdeutschen Schreibart, Thl. 1. sagt von Bill: dieses Wort ist von jeher am meisten von dem empfundenen Rechte, dem Rechte der Natur gebraucht worden, im Gegensatze dessen, was dem gegebenen Rechte oder den eigentlichen Gesetzen gemäß ist. Campe, in s. Wörterbuche der deutsch. Sprache, Thl. 1. nennt die Bill geradezu ein Wort, welches ehemals das Recht bedeutete. Es ist zu bedauern, daß beide Sprachforscher sich nicht gründlicher über die ursprünglichen Bedeutungen dieses Wortes verbreiten. Wenn Campe a. a. O. von Bill sagt: es verdiene für dasjenige, was Recht oder Gesetz werden soll, was es auch im Englischen bedeute, wieder eingeführt zu werden, so setzt er voraus, daß es diese Bedeutung gehabt habe, ohne jedoch eine nähere Nachweisung zu geben. — Ueber den Ursprung des Englischen, auch im Französischen recipirten Bill habe ich keine genügende Auskunft gefunden. Das Wort Bill kommt in der englischen Sprache in andern, sehr verschiedenen Bedeutungen vor, die jedoch in keinem Zusammenhange mit dem altdeutschen Bill zu stehen scheinen. Nicht uninteressant ist es, das deutsche Bill und billig mit einigen Fremdwörtern zu vergleichen, die seine Ableitung aus dem Lateinischen zu rechtfertigen scheinen. Von dem lateinischen bilanx, zwei Waagschalen habend, also ein Mittel zum Abwägen, Erwägen, ausdrückend, stammt das italienische bilancia, die Waage, das Gleichgewicht. Davon bilicare, in's Gleichgewicht bringen, figürlich: wohl erwägen, und bilico, das Gleichgewicht. Alle diese Worte sprechen für eine Verwandtschaft mit dem deutschen Bill in Klang und Sinn und scheinen synonym mit aequum, aequitas, aequilibrium. Selbst die mit dem englischen bill verbundene Bedeutung, nach welcher es ein Vorschlag des Parlaments ist, der, wenn er von beiden Häusern genehmigt wird, mithin gleichsam in beiden Waagschalen der Erwägung aeque beurtheilt worden ist, durch königliche Genehmigung zur Parlamentsacte wird, spricht für die Verwandtschaft mit dem deutschen Bill und den angeführten lateinischen und italienischen Worten.

Rechts. Es scheint mithin zunächst eine allgemeine Rechtsnorm bedeutet zu haben, die neben dem positiven Rechte und zur Ergänzung desselben bestand, so wie mehrere Schriftsteller die römische Aequitas juris civilis correctio oder emendatio nennen [36]. Billig war dem Naturrechte gemäß und mithin mehr als der Billigkeit gemäß im heutigen Sinne. Auch das Zeitwort billigen, welches nicht bloß für bilig, sondern auch für recht erkennen bedeutet, umfaßte ursprünglich mehr, als man dabei sich zu denken jetzt gewöhnt ist. Diese wahre Bedeutung ist aber fast ganz verschwunden, und daher kommt es, daß die Juristen, welche von der Existenz und der Stellung der aequitas im Sinne des römischen Rechts keine deutliche Vorstellung haben, von Billigkeit im jure civili nichts hören wollen, indem sie dabei über die Idee der moralischen, christlichen Billigkeit, als etwas mit der Ausübung des Rechts unvereinbaren, die richterliche Willkür möglicher Weise befördernden, sich nicht zu erheben vermögen. Nun ist es vollkommen wahr, daß moralische Billigkeit als etwas ganz subjectives, nur Sache der Parthei, nicht des Richters ist, mithin auch nicht Theil oder Gegenstand der Theorie des Rechts seyn kann [37]. Aber um so gewisser ist diese Billigkeit, in so fern sie in einem Nachlassen von der Strenge des Rechts besteht, der römischen Aequitas ganz fremd und spricht eben dadurch für die Wahrheit der Existenz dieses Begriffs in der Theorie des Rechts, an der deßhalb auch nie mit Gruud gezweifelt worden ist [38]. Jene setzt klare Bestimmungen des Rechts

---

[36] Aristoteles nach dem Zeugnisse des Vinnius, in IV libr. Inst. comment. Herbor. 1699. Lib. I. Tit. II. pag. 27. — Hofacker, princ. jur. civ. Tom I. lib. I. §. 12. S. 8.

[37] In diesem Sinne sagt Wieland von den Abderiten, daß Billigkeit bei ihnen das höchste Recht gewesen sey. Denn wäre dieß nicht Ironie und hätte Wieland dabei an die röm. aequitas gedacht, so würde er damit das Ideal einer guten Rechtsverfassung und Rechtspflege bezeichnet haben.

[38] Dem römischen aequitas, das wir schwer und ohne eine neue Wortbildung vielleicht kaum in's Deutsche zu übersetzen vermö-

voraus, vollkommene Rechte, die aus subjectiven Gründen von dem Berechtigten selbst freiwillig gemildert werden; diese aber den Mangel positiven Rechts oder dessen Unbestimmtheit, welche die Schöpfung einer neuen Rechtsnorm, der aequitas selbst, als Vermittlerin zwischen jus und

---

gen, entspricht noch am meisten das Ermessen, die Erwägung. Dabei darf man jedoch nicht an unser richterliches Ermessen in dem Sinne denken, in dem es bisher in der Theorie, vornehmlich des Prozesses, vorkommt, namentlich bei Schäden- und Fristbestimmungen Platz ergreift. Dieses Ermessen setzt einen im Allgemeinen oder für bestimmte Fälle dem Richter gegebenen, gesetzlichen Austrag voraus, wo das Gesetz selbst im Voraus eine Bestimmung nicht wohl zu treffen vermag. Daß bei diesem Ermessen die aequitas vorwalte, ist klar, aber es ist nicht die aequitas selbst. — Interessant waren die Diskussionen der beiden Kammern der Sächs. Ständeversammlung im Jahre 1833 bei Gelegenheit der Berathung des vorgelegten Staatsdienergesetzentwurfs, über den darin gebrauchten Ausdruck administrative Erwägung. Die Kammern fanden darin zuviel Spielraum der Willkür und wohl nicht ganz mit Unrecht. Diese administrative Erwägung giebt keine rationes decidendi und ist daher ein Surrogat des veralteten gestalteten Sachen nach. Man sieht bei dieser Zusammenstellung zugleich, wie sehr die römische aequitas entfernt von aller Willkür ist und eben sowohl auf Entscheidungsgründe gestützt seyn muß, als jede andere Rechtsnorm in Form von Entscheidungsgründen zur Anwendung gebracht wird. Denn die Quellen aller unserer Entscheidungsgründe sind leges, aequitas, analogia, usus fori, opinio doctorum, und das Hilfsmittel ihrer praktischen Anwendung ist die interpretatio. — Im Corpus juris civilis, übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter, herausgegeben von Otto, Schilling und anderen; Leipz. 1830 u. f. VII Bände; hat im Bd. II. S. 892 D. Hunger unter der Redaction des D. Otto in der L. 36. D. (27.7.) de admin. et peric. tut. die aequitas durch Vernunftansicht übersetzt. Die Stelle lautet: aequitas, quae merum jus compensationis inducit etc. S. Krug, die Lehre von der Compensation, Leipzig 1833. 8. §. 1. S. 1. not. 1. — Das deutsche Vernunftansicht dürfte aber mehr der naturalis ratio, als der davon verschiedenen aequitas entsprechen. —

factum, nöthig macht [39]), damit ein gegebener Fall nicht unentschieden bleibe, was bei einem wohl organisirten Rechtszustande, selbst in Ermangelung positiver Gesetze, nicht denkbar seyn kann, noch darf. Billigkeit im Sinne des deutschen Wortes finden wir im römischen Rechte und bei den Classikern vornehmlich durch humanitas, officium pietatis, benignitas, temperamentum benignitatis u. a. bezeichnet [40]). Um von dem wesentlichen Unterschiede, der zwischen moralischer und, um die römische aequitas hier im Gegensatze so zu nennen, juristischer Billigkeit obwaltet, sich zu überzeugen, darf man nur erwägen, wie die erstere von unseren ausgezeichnetesten Moralisten definirt und ihrem Wesen nach bezeichnet wird [41]).

---

39) Dieß bestätigt Paulus in der L. 2. §. 5. D. de aqua et aquae pluviae etc. (39. 3.)

40) Vergl. die bei Glück, Erläuterung der Pandekten, Thl. 1. §. 26. S. 195 in der not. 56. angezogenen Stellen. — Auch L. 11. D. de poenis. (48. 19.) — Seneca, de Ira, Lib. II. cap. 27. braucht die Ausdrücke pietas, humanitas, liberalitas, justitia, fides, mit dem Zusatze: quae omnes extra publicas tabulas sunt. Auch bei Cicero kommt justitia und pudor in diesem Sinne vor. Uebrigens darf nicht unberührt gelassen werden, daß Glück a. a. O. offenbar die Begriffe der moralischen und juristischen Billigkeit confundirt und daher das, was er darüber sagt, nicht allenthalben als wahr sich darstellt. —

41) Plattner, in s. philos. Aphorismen, Leipzig 1776. 8. Thl. 2. §. 984. S. 425, definirt die Billigkeit (die er §. 975. als einen Zweig der Rechtschaffenheit bezeichnet) eine wohlwollende Geneigtheit, die Schranken der Gerechtigkeit und der Ehrlichkeit in einzelnen Fällen, zum Beßten anderer zu verändern. Er fügt hinzu: Die Schranken der Gerechtigkeit sind die Gesetze, die Schranken der Ehrlichkeit sind die Verträge. Demnach zeigt sich die Billigkeit in der Bereitwilligkeit eines rechtschaffenen Mannes, mehr zu thun oder zuzulassen, als er durch Gesetze oder Verträge verbunden ist. — Reinhard, in s. System der christlichen Moral, 4te Aufl. Wittenberg 1807. 3r. Band, §. 291. S. 158 definirt die christliche Billigkeit: diejenige Art des Betragens, wo man andern widerfahren läßt,

Daß die Idee der Aequitas in den Quellen hie und da durch andere Worte ausgedrückt wird, ist nicht zu verkennen, viele Ausdrücke aber, welche von einzelnen Schriftstellern als synonym angegeben werden, sind dieß keineswegs und beruhen theils auf falschen, theils auf mißverstandenen Allegaten [42]). Daß factum im Gegensatze von jus in der

was sie zu verlangen nur ein unvollkommenes Recht haben. Sie äußere sich, fährt er fort, durch Milderung der vollkommenen Rechte, die wir gegen solche brauchen könnten, welche uns bestimmte vollkommene Pflichten zu leisten haben. So bestimme Aristoteles den Begriff der Billigkeit in Ethic. ad Nicom. Lib. V. cap. 10. Im Irrthum aber ist Reinhard, wenn er hinzufügt: So mildere der Richter die Strenge der Gesetze. Dieß kann und darf der Richter nicht, nur der Gesetzgeber selbst. — v. Ammon, in s. Handbuch der christlichen Sittenlehre, Leipzig 1829. 8. 3r. Bd. 1ste Abthl. §. 171. S. 195 sagt von der Billigkeit: sie sey die Geneigtheit, Andere überall lieber mit Güte und Wohlwollen, als nach den strengen Gesetzen des Rechts zu behandeln. S. 197 zeigt v. Ammon auf eine sehr interessante Weise, wie die älteren Sittenlehrer bis gegen das Ende des 17ten Jahrhunderts der christlichen Billigkeit eine sehr große Ausdehnung gegeben bei Beantwortung der Frage: ob es erlaubt sey, Zinsen (centesimae) vom ausgeliehenen Gelde zu nehmen. Und wenn dieß bekanntlich selbst auf die Ansichten der Rechtslehrer des Mittelalters zum Theil nachtheilig eingewirkt hat, so liegt dieß nicht in der Billigkeit, von der hierbei eigentlich gar nicht die Rede war, sondern in einer offenbar vernunftwidrigen Auslegung der heil. Schrift, die nur im Mittelalter entstehen konnte. — M. s. auch Krug, System der praktischen Philosophie, 2r. Thl. Tugendlehre. Königsb. 1818. 8. §. 47. S. 275 sq. u §. 49. S. 287. — Krug's Ansicht in s. Dikäologie oder philos. Rechtslehre, Königsb. 1817. 8. S. 81 u. f. werde ich, da er die Rechtsidee der aequitas im Sinne des röm. Rechts berührt, später erwähnen.

[42]) Namentlich Glück in d. Erl. d. Pand. Thl. 1 S. 195. — Schulting, Diss. de aequitate et stricto jure ad ductum legis 8. Cod. de judiciis. Lugd. Bat. 1717. 4. Cap. II. pag. 10 sq. giebt eine ganze Reihe von Ausdrücken an, die für aequitas in den Quellen vorkommen sollen, allein die von ihm angeführten Stellen bestätigen dieß theils gar nicht, theils be-

Bedeutung der aequitas vorkommt, ist schon erwähnt worden [43]). Modestin braucht für aequitas den Ausdruck naturalis justitia [44]) und bei Cicero [45]) kommt justitia gleichbedeutend mit aequitas vor [46]).

Am häufigsten wird für aequitas der Ausdruck: aequum et bonum gebraucht [47]). Wenn einige den in L. 95. §. 4. D. de solut. et liberat. (46. 3.) gebrauchten Aus-

---

ruht die von ihm daraus abgeleitete Ansicht auf einer offenbar falschen Auslegung. Manches, was Schulting für synonym mit aequitas ausgiebt, ist nur Folge davon, z. B. benignius responsum in der L. 168. D. de reg. jur.

[43]) S. oben not. 26. S. 14.

[44]) L. 13. §. 7. D. de excusation. (27. 1.), auch Ulpian in L. 1. D. de just. et jure.

[45]) Philipp. IX. 5. und in Topic. 23.

[46]) Wenn Cicero (de Offic. III.) sagt justitia est virtus omnium domina ac regina virtutum; und Aristoteles: justitia, quae virtutes omnes sub se comprehendit, so setzt Schulting, in s. Diss. cit. hinzu: eo in sensu justitia sumta quid quaero aliud quam aequitatem designat. Auch sagt Cicero (de Offic. I.) servare aequitatem, quae justitiae est maxime propria. — S. Marani Commentarius de aequitate sive justitia; in ej. oper. ex recens. Trotz, Traj. ad Rhen. 1741. Fol. Der Verfasser der mit Cicero's Werken edirten Bücher ad Herennium, Lib. III. cap. 2. definirt die justitia: aequitas, jus unicuique tribuens pro dignitate cujusque. —

[47]) Bei Papinian in L. 17. D. de injust. rupt. et irr. etc. (28. 3.) bei Gajus in L. 16. D. de condit. et demonst. (35. 1.) bei Paulus in L. 34. D. de obligat. et action. (44. 7.) und L. 91. §. 3 D. de verbor. oblig. (45. 1.) — Bemerkenswerth ist, daß Ulpian in L 1. D. de just. et jure das jus: ars aequi et boni definirt. S. Vinnii Comment. l. l. pag. 27 und Duarenus bei Donellus, in dessen Commentar. de jure civili, ex recens. Koenig, Edit. VI. Vol. I. Norimb. 1801. S. 96. — Daß mit dem aequum et bonum die Idee der bona fides, die im jure Romano eine so große Rolle im Gegensatze des strictum jus spielt, im genauesten Zusammenhange steht, hat Gans in der oben angeführten Abhandlung mit Beziehung auf Cicero gezeigt.

druck vinculum aequitatis für aequitas selbst nehmen [48]), so beruht dieß auf einem Mißverständniß jener Stelle. Gleich irrig ist die Ansicht, als ob naturalis ratio und aequitas gleichbedeutend seyen, indem, wie die Quellen deutlich zeigen, naturalis ratio die allgemeine Quelle der Abstraction, die aequitas aber das Abstrahirte selbst ist [49]).

---

48) Papinian in L. 95. §. 4. D. de solution. et liberat. (46. 3.), wo er sagt: Naturalis obligatio ut pecuniae numeratione, ita justo pacto vel jurejurando ipso jure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur.

49) Wenn Glück, Erl. d. Pand. Thl. 1. S. 195. not. 56. behauptet, daß Cicero in Topic. sage: aequitas est, quod naturalis ratio persuadit, so ist dieß unwahr und ich weiß nicht, wie Glück zu diesem falschen Citate gekommen seyn mag. Cicero hat in Topic. diese Worte nicht gebraucht, obschon er darin oft von der aequitas gesprochen. Hätte aber Cicero jene Definition wirklich gegeben, so würde sie nur beweisen, daß eben naturalis ratio und aequitas nicht gleichbedeutend seyen. Denselben Beweis liefern mehrere Stellen des Corpus juris Justin. cf. L. 5., §. 6. D. de agnosc. liber. (25. 3.) pr. Inst. de nupt. (1. 10.) L. 7. §. 7. D. de acquirend. rer. dom. (41. 1.). Alle diese Stellen zeigen deutlich, daß die röm. Juristen naturalis ratio in einem andern Sinne brauchen, als aequitas und zwar in dem im Texte von mir bezeichneten. — Interessant sind in diesem Zusammenhange die beiden verschiedenen Definitionen, die Ulpian in L. 1. §. 3. D. de just. et jure (I. 1.) und Paulus in L. 11. D. de just. et jure von jus naturale geben. Ersterer sagt: jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit; letzterer aber: quod semper aequum et bonum est. Beide Begriffsbestimmungen verhalten sich zu einander, wie naturalis ratio und aequitas; etwa wie Naturrecht und natürliches Recht. Nach Ulpian's Definition ist es etwas Abstracteres, nach der des Paulus schon etwas Angewandtes. — Im Gegensatz der naturalis ratio finden wir in den Quellen civilis ratio, juris ratio. S. Cicero, de Invent. I. 5. Gajus, in L. 1. D. de aquir. rer. dom. (41. 1.). — Ant. Schulting, in s. jurisprudentia vetus antejustinianea, Lugd. Bat. 1717. 4. sagt zu Lib. 1. Tit. 1. der Institutionen des Gajus, S. 3. not. 10. in Hinsicht der naturalis ratio: Naturalem rationem Jurisconsultus hic appellare videtur insitam animis hominum notitiam de honesto et

Daß aequitas mit utilitas häufig gleichbedeutend gebraucht werde, hat Krug [50]) mit Beziehung auf mehrere Beweisstellen nachgewiesen.

III.

Wenn, um das Verhältniß der Aequitas zum jus zu finden, zunächst die kürzliche Betrachtung dessen nöthig wird, was die Quellen unter jus, jus civile und jus strictum verstanden, so stoßen wir zum Theil wieder auf die schon oben gemachte Bemerkung, daß die römischen Juristen im Felde der Abstraction keine scharfen Begriffe aufstellen [51]),

---

turpi, justo et injusto. Vel etiam per naturalem rationem intelligere possumus naturalem hominum ratiocinationem, qua scilicet, usu exigente, et humanis necessitatibus efflagitantibus, gentes humanae ex consilio et conventione, ad tuendam generis humani societatem, sibi jura quaedam constituere. Et sic tam jus illud, quod omnibus hominibus, a natura insitum, et ab omnibus, vel saltem moratioribus, aeque observatur, ac vulgo a DD. jus gentium primaevum vocatur, quam istud, quod propter utilitatem humani generis, communi gentium approbatione receptum, quodque jus gentium secundarium appellatur, Gajus noster hic innuat. (Oisel.)

[50]) S. dessen Lehre von der Compensation, Leipzig 1833. 8. S. 17 not. 34. wo er auf L. 95. §. 7. D. de solut. (46. 3.) L. 1. §. 5. D. quando appellandum (49. 4.) L. 3. §. ult. D. de constit. pecun. (13. 5.) L. 8. Cod. de acquir. possess. (7. 32) L. 43. Cod. de religiosis (11. 7.) und §. 30. Inst. de mandato (3. 27.) sich bezieht und die Bemerkung hinzufügt: Der Unterschied im Sprachgebrauch dürfte vorzüglich darin bestehen, daß bei aequitas mehr an Beschränkung, bei utilitas mehr an Erweiterung der Grundsätze des jus strictum gedacht wird.

[51]) S. v. Savigny, über den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Heidelberg 1814. S. 9.

und selbst Cicero [52]) giebt uns den Begriff von jus im Allgemeinen, mehr in Deductionen, als in einer bestimmten Definition zu erkennen. Die interessantesten Bemerkungen Cicero's über die Deduction des Rechtsbegriffs finden wir in seinen Büchern de legibus, vornehmlich im 1sten und 2ten Buche [53]) und bemerkenswerth sind in dieser Hinsicht die Worte in Lib 1. Cap. 10. wo er auf den Ausruf des Atticus: Quam tu longe juris principia repetis! den Quintus antworten läßt: sunt haec quidem magna, quae nunc breviter attinguntur: sed omnium, quae in hominum doctorum disputatione versantur, nihil est profecto praestabilius, quam plane intelligi, nos ad justitiam esse natos, neque opinione, sed natura constitutum esse jus. Ueber die verschiedenen Bedeutungen, in denen jus überhaupt in den Quellen vorkommt [54]), hat sich Glück [55]) mit Hinweisung

[52]) Hierher gehören die Stellen: de Offic. III. 17. de Orat. I. 42. de legib. I. 5. 6. und viele andere.

[53]) S. Maranus, commentarii de aequitate sive justitia, in ej. oper. ex rec. Trotz. Traj. ad Rhen. 1741. pag. 2.

[54]) Ueber die Ableitung des Wortes jus von justitia bei Ulpian in L. 1. D. de just. et jur. s. m. die bei Glück a. a. O. Thl. 1. S. 2. not. 2 angeführten Schriftsteller. Die Ansicht Ulpian's, obschon sie heftig bestritten, aber auch vertheidigt worden ist, zeigt offenbar von dem Geiste, mit dem Ulpian überhaupt das Recht behandelte. Maranus, in s. comment. de aequitate sive justitia pag. 1, sagt hierüber: Neque enim grammaticam verbi notationem, sed rei ipsius originem et naturam significat, cum subjicit, jus esse a justitia appellatum: ut nempe doceat, jus esse, aut dici vere non posse, nisi a justitia proficiscatur, quod ex ipsa definitionis ratione statim aperte probat: nam jus est, inquit, ars aequi et boni, cui omnino consentaneum est, quod Tullius in fragm. Lib. III. de Republ. scripsit: jus esse, quod de justitiae fontibus manaverit. —

[55]) In s. Erläut. der Pandecten, Thl. 1. S. 1 §. 1. u. f.' wo er vierzehn verschiedene Bedeutungen von jus aufstellt. — S. Hugo, Lehrbuch eines civilist. Cursus. 2te Auflage. Berlin 1799. 3r. Band. S. 152. not. *).

auf mehrere ältere Schriftsteller ausführlich verbreitet und es genügt hier, nur das hervorzuheben, was zur Beurtheilung des Verhältnisses der Aequitas zum jus nöthig scheint. In dieser Hinsicht interessiren uns vornehmlich drei Bedeutungen von jus und zwar a) die, in welcher unter dem jus im höheren Sinne die Aequitas mit begriffen ist: das ideale Recht, das die Quellen auch mit jus naturale und jus gentium bezeichnen [56]; b) die, in welcher die Aequitas neben dem jus als Rechtsnorm besteht und mit ihm Hand in Hand in der Praxis geht: jus civile in der practischen Bedeutung, als der Inbegriff allen in einem gegebenen Staate angewandten Rechts; endlich c) die Bedeutung von jus, in welcher die Aequitas ihm entgegengestellt wird: jus strictum, summum jus [57]).

Es kommt hierbei überhaupt mehr auf die Resultate der Forschungen nach den Quellen an, als auf eine ausführliche Erörterung aller Bedeutungen von jus. Die Begriffe von

---

56) S. Wenk, Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft. Leipz. 1810. §. 140. S. 172 u. f.

57) Unter jus strictum ist zu verstehen: jus stricte definitum, lex positiva. Es ist daher nicht immer jus durum, sondern nur certis finibus restrictum, quod propterea non admittit interpretationem. Wenn ihm daher die Aequitas entgegengesetzt wird, so geschieht dieß im Sinne der freieren, vermittelnden Rechtsnorm, welche auf dem Wege der Interpretation, der allgemeinen Abstraction und einer consequenten Analogie, angemessene Rechtssätze schafft und anwendet, während das jus strictum feststeht und daher auch durch Aequitas nicht gemildert werden kann, so lange seine Anwendbarkeit auf gegebene Fälle nicht zweifelhaft ist. — S. Roßhirt, giebt es noch stricti juris obligationes etc. in deff. Abhandl. Thl. 1. S. 71 u. f. — Gans, über römisches Obligationenrecht. Heidelberg 1819. 1ste Abthl. S. 1. sq. — Donellus, a. a. O. Thl. 1. S. 93 u. f. — Schulting, in s. Diss. cit. Cap. II. pag. 14 führt eine Menge Ausdrücke an, die in den Quellen mit jus strictum synonym vorkommen sollen, allein diese Allegate sind größtentheils unrichtig und beweisen nicht, was sie beweisen sollen.

jus civile und jus strictum stellen sich in den Quellen deutlicher heraus, als der Begriff von jus im weiteren Sinne, und es ist dieß dadurch leicht erklärlich, daß die ersteren etwas Angewandtes, Practisches sind, während letzterer nur ein abstracter Begriff ist. Wir müssen daher, wenn wir den Standpunkt, von den Ansichten der römischen Juristen aus, nicht verrücken wollen, selbst mehr practisch zu Werke gehen und uns nicht in Abstractionen verlieren, die von dem einfachen Wege der Römer nothwendig ableiten müßten [58]).

Die Definition von jus, die nach dem Zeugnisse Ulpian's in der L. 1. D. de just. et jure Celsus giebt: jus est ars aequi et boni [59]); und die des Paulus in der L. 11.

---

[58]) In dieser Beziehung sagt Kritz, a. a. O. S. 12 von den Römern: „daß wir in allen Theilen der Jurisprudenz ihren unbefangenen, klaren, das Rechte gleichsam instinktmäßig und wie durch eine unwillkürliche Natureingebung erkennenden Blick bewundern gelernt haben." Und: „daß die römische Jurisprudenz als der jüngste und letzte Rest antiker Cultur auf uns gekommen ist, welche mit Klarheit und jugendlicher Gesundheit des Geistes sich überall nur an dem Leben lebendig entwickelnd, darum auch in allen Gebieten der Kunst und Wissenschaft stets das Tüchtigste und Gediegendste leistete, und die Annahme wird nicht übereilt scheinen, daß auch die Jurisprudenz sowohl im Allgemeinen, als im Besonderen jene durchgehende Eigenthümlichkeit der antiken Bildung nicht werde verleugnet haben."

[59]) Panciroli, Thesaurus variar. lection. utriusque juris. Lugd. Bat. 1617. 4. Lib. II. Cap. I. sagt unter andern zu dieser Stelle: Id autem bonum et aequum locum habet, ubi lex generalis suadente aequitate limitatur, quod nisi fieret, ob suam generalitatem aliquo casu iniqua redderetur. — S. Maranus, a. a. O. pag. 1. sq. — Möser, in s. patriotischen Phantasien, Berlin 1775. Thl. 1. No. 51. S. 297 not. a) sagt von dem jus est ars aequi et boni: Diese Definition will viel sagen; das bonum ist, quod convenit fini societatis; das aequum, quod cum minimo damno sociorum obtinentur. — Die Auslegung Einiger, daß jus hier so viel sey, als jurisprudentia und deßhalb in der Definition das Wort ars gebraucht sey, ist offenbar nicht erschöpfend. S. Glück a. a. O. Thl. 1. §. 1. S. 2. not. 2.

D. de just. et jure: quod semper aequum et bonum est, sind allerdings so gefaßt, daß wir uns nicht wundern dürfen, wenn über diese Definitionen von älteren Schriftstellern viel gestritten ward, die Verfasser derselben bald angegriffen, bald vertheidigt wurden [60]). Daß Cicero [61]) von jus im weitesten Sinne eine bestimmte Definition nicht giebt, ist schon bemerkt worden, daß ihn aber davon das Abstracte des Begriffs nicht abgehalten haben könne, sehen wir aus dem, was er in Topic. Cap. 5. über die Definition abstracter Begriffe sagt [62]). Dagegen definirt Cicero das jus civile: aequitas constituta iis, qui ejusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas [63]). In dieser und den Definitionen des Celsus und Paulus wird deutlich darauf hingewiesen, daß die Römer sich die Idee des jus im Allgemeinen ohne den Begriff der Aequitas nicht wohl denken konnten [64]); ja, daß sie die Aequitas nicht allein als den Zweck allen Rechtes, sondern auch als das höchste Ideal desselben betrachteten [65]).

---

60) S. Glück, a. a. O. — Manches von dem, was hierüber geschrieben worden, kann man mit Recht Logomachie nennen.

61) In Topic. Cap. 7. theilt er das jus in legem, morem et aequitatem und giebt dadurch Anlaß zu einem Schluß auf den Begriff, den er in diesem Sinne mit jus verbindet.

62) Definitionum duo sunt genera: unum earum rerum, quae sunt; alterum earum, quae intelliguntur. Non esse ea dico, quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo, adque intelligi possunt; quarum rerum nullum subest quasi corpus: est tamen quaedam conformatio insignita, vel impressa intelligentia, quam notionem voco; ea saepe in argumentanda definitione explicanda sunt.

63) In Topic. Cap. 2.

64) M. s. die interessanten Deductionen des Maranus, a. a. O. pag. 1. u. f.

65) Eine solche Ansicht liegt dem zum Grunde, was v. Savigny a. a. O. S. 8. u. f. hierüber ausspricht. — v. Gönner, a. a. O. bemerkt S. 27 sehr treffend: das positive Recht schöpft aus dem Vernunftrechte als seiner Quelle, trägt dessen Bestimmungen in die Sphäre des Aeußeren und sinnlich Erkennbaren über,

Daher war ihnen das jus civile oder jus proprium eine Ausnahme von dem jus commune (omnium gentium), der Inbegriff der Abweichungen von dem idealen Rechte, so weit der Staatsverband (societas civitatis) solche als positive Bestimmungen nöthig machte. In diesem Sinne sagt Ulpian in der L. 6. D. de just. et jure sehr bezeichnend: jus civile est, quod neque in totum a jure naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit; itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est civile, efficimus [66]). Dabei darf nicht übersehen werden, daß die Römer mit dem jus naturale und jus gentium einen ganz anderen, einfacheren, man könnte vielleicht sagen, naturgemäßeren Begriff verbanden [67]), als wir mit dem Begriffe des Naturrechts und des sogenannten Natur- und Völkerrechts jetzt zu verbinden pflegen [68]). Die

---

und giebt durch Verbindung mit jenen Bestimmungen, welche an sich zufällig, jedoch in Harmonie mit den leitenden Principien nach Zweckmäßigkeit gewählt sind, dem Rechte jene Vollständigkeit und Festigkeit, welche die Sicherung des Rechtszustandes unter den Menschen, den Zweck aller Gesetzgebung, befördern.

[66]) S. Donellus, Comment. de jure civili. Edit. VI. Vol. I., S. 81 §. 9.

[67]) Cicero's Naturrecht finden wir in seiner Moral, in den Büchern de Officiis. — S. Hugo, civilist. Cursus, Bd. 3. 2te Ausgabe. S. 292. —

[68]) Ueber den Begriff dessen, was man gegenwärtig unter Natur- und Völkerrecht versteht, ist bekanntlich so viel geschrieben und gestritten worden, daß fast jeder Philosoph und jeder Lehrer des philosophischen Rechts eine andere Vorstellung davon hat, mithin auch eine andere Anwendung davon macht. Man vergl. die bei Pölitz, in s. Encyclopädie der philosophischen Wissenschaften, Leipz. 1807, Thl. 1. S. 377 und bei v. Zeiller, das natürliche Privatrecht, 3te Aufl. Wien 1819. §. 37. S. 59 angeführte Litteratur des Natur- und Völkerrechts. Unser Naturrecht hat offenbar durch zu abstracte Behandlung fast allen practischen Einfluß verloren, indem es aus dem Gebiete der Rechtswissenschaft fast ganz in das der Philosophie hinübergezogen

Römer nannten jus naturale und jus gentium: quod apud omnes gentes aeque servatur [69]); und dieß ist charakteristisch, weil daraus hervorgeht, daß die Römer von der Ansicht geleitet wurden, daß das, was als recht, aequum et justum, sich dem menschlichen Verstande und Gefühle darstellt, auch alle Völker nothwendig mit einander gemein haben müßten, indem es ihnen gleichsam angeboren sey. Man sieht daraus zugleich, wie das jus in der Zeit seiner ersten Anwendung [70]) und seiner ersten practischen und theoretischen Ausbildung (bei den Römern in der Periode von Cicero bis Alexander Severus) auf dem Wege war, seinem Ideale entgegen zu gehen, daß es aber von diesem Wege mehr und mehr abgeleitet ward, nachdem Zeit und Sitten ihm seine Einfachheit genommen hatten [71]). In Beziehung

---

worden ist. Daher auch oft der Zwiespalt zwischen Theorie und Praxis. — Höchst interessant sind Bentham's Betrachtungen und Ansichten über das Naturrecht.

[69]) §. 11. Inst. de just. et jure. §. 1. Inst. de jur. nat. gent. et civ. und in vielen anderen Stellen.

[70]) v. Savigny, a. a. O. S. 9 sagt von dieser Jugendzeit der Völker: „sie ist arm an Begriffen, aber sie genießt ein klares Bewußtseyn ihrer Zustände und Verhältnisse, sie fühlt und durchlebt diese ganz und vollständig, während wir, in unserm künstlich verwickelten Daseyn, von unserm eignen Reichthum überwältigt sind, anstatt ihn zu genießen und zu beherrschen. Jener klare, naturgemäße Zustand bewährt sich auch vorzüglich im bürgerlichen Rechte" u. s. w.

[71]) S. Kritz a. a. O. Einl. S. 4. wo er sagt: „Wie alles Gediegene und Wahre, so ist auch das römische Recht höchst einfach und natürlich und nur ausnahmweise und nur scheinbar zeigt es sich uns anders, wo historische und locale Beziehungen hypothetische Abweichungen von jenem einfach natürlichen Rechte herbeiführen. Immer kommt es nur darauf an, jene historischen und localen Beziehungen richtig gefaßt zu haben, um in den Aussprüchen der alten Juristen eine so treffend überzeugende Richtigkeit wahrzunehmen, daß vernünftiger Weise sich gar nicht dagegen streiten läßt."

auf jene Zeit der Kindheit des Rechts sagt Roßhirt [72]) von den Römern: „Sie gingen von einem höchst einfachen und natürlichen Gedanken aus, der der Grundgedanke ihrer ganzen Rechtsphilosophie ist. Ohne sich nämlich, wie Welker meint, in die Verwirklichung der Idee des Sittlich-Guten zu verlieren, die den Lehrern und Philosophen eines Volks angehört, im Volke selbst aber nur als Gefühl schlummert, wendeten sie sich an den natürlichen Verstand aller, und erkannten das für eine juristische Pflicht, was alle Menschen als Schuldigkeit einander gegenüber annehmen. Ueberhaupt war ja ihr Naturrecht auf die objective Erscheinung des Rechts im Volke gebaut, und sie sprechen von der naturalis ratio, als Schöpferin desselben, nur in so fern, als man zu jeder Zeit dasjenige, was als eine allgemeine Ansicht der Völker und Menschen sich darstellt, als durch die naturalis ratio begründet ansieht" [73]).

Die Römer unterschieden vornehmlich jus im Allgemeinen und jus civile insbesondere und begriffen dann a) unter jus das, was alle Menschen, ohne Rücksicht auf einen besonderen Staatsverband für recht erkannten (jus naturale, jus gentium, jus commune); und b) unter jus civile oder jus proprium das, was im römischen Staate dem Staatszwecke und den Verhältnissen der Staatsbürger angemessen, als gegebenes Recht auf einem Vertrage zwischen den Regierenden und den Regierten beruhte [74]).

---

[72]) In der Abhandlung über die obligatio naturalis etc. in s. Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht. Heidelberg 1831. 16. Heft, S. 123.

[73]) Der scharfsinnige Donellus a. a. O. Thl. 1. Cap. 3. S. 17 sagt: quid sit jus definire non possumus, nisi significatione verbi distincta. Verbum enim ambiguum est, nec in omnibus significationibus eadem esse potest definitio. Was Donellus weiter auf diesen Satz gebaut hat, ist S. 18 u. f. zu lesen und eben so interessant, als es in der Regel alle Reflexionen dieses ausgezeichneten Gelehrten sind.

[74]) Diesen Begriff würde man nach den heutigen Ansichten von

In diesem Sinne beider Rechtsbegriffe sagt Cicero[75]: Neque vero hoc solum natura, i. e. jure gentium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis civitatibus res publica continetur, eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causa nocere alteri; und weiter unten: Itaque majores aliud jus gentium, aliud jus civile esse voluerunt. Quod enim civile, non idem continuo gentium; quod autem gentium, idem civile esse debet; und Justinian[76]: omnes populi, qui moribus et legibus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi constituit, id ipsum civitatis est, vocaturque jus civile, quasi proprium jus ipsius civitatis[77]. Diese Ansichten der Römer von jus civile und von jus überhaupt geben hinlänglichen Aufschluß darüber, daß die Römer der Aequitas eine so hohe Stellung und einen so entscheidenden Einfluß auf Theorie und Praxis zugestanden und daß sie daher von dem, was die Aequitas gebot, nur im Falle dringender Nothwendigkeit abzuweichen geneigt waren, wie Ulpian in der schon angeführten L. 2. D. de constitut. princip. mit den

---

Verträgen zwischen Fürst und Volk am beßten durch constitutionelles Recht bezeichnen können.

75) de Offic. Lib. III. Cap. 5.

76) §. 1. Inst. de jur. natur. gent. et civ.

77) S. §. 11. Inst. de just. et jure und Gajus in L. 1. D. de acquir. rer. domin. (41. 1.), wo er sagt: Quarundam rerum dominium nansciscimur jure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur; quarundam jure civili, id est jure proprio civitatis nostrae. — Cicero de Offic. 1. 6. Im objectiven Sinne definirt das jus civile Cicero in Topic. Cap. 5. und Papinian in L. 7. D. de justit. et jure. — Interessant ist die Darstellung der verschiedenen Bedeutungen von justitia, jus, jus naturale, jus civile etc. in dem alten Vocabularius juris, pro communi omnium utilitate et faciliori aditu ad utriusque juris notitiam multa diligentia recollectus: impens. Joh. Rynmann de Oringaw impressus; Hagen. 1508. 4.

Worten bezeugt: in rebus novis constituendis evidens utilitas esse debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu aequum visum est. Die Bestätigung dieser Ansichten und des Verhältnisses der Aequitas zum jus im Sinne der Quellen finden wir vornehmlich in den Stellen Cicero's und den Fragmenten der römischen Juristen, die ich hier folgen lasse und die sehr leicht noch vermehrt werden könnten. Die Folgerungen daraus für die Entwickelung des Begriffs der römischen Aequitas werden nach Aufstellung dessen, was in den Schriften der späteren und neuesten Schriftsteller für die Stellung der Aequitas in der Theorie des Civilrechts sich findet, leicht von selbst sich ziehen lassen, da der neuerlich immer klarer hervorgetretene Begriff der römischen Aequitas auf diese Ansichten der Quellen gebaut ist und nothwendig gebaut werden mußte. Die Materialien dazu aus den Quellen selbst sind folgende:

Cicero, in Topic. Cap. 4.

Valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat;

Derselbe, de Offic. Lib. I. Cap. 9.

Bene praecipiunt, qui vetant, quidquam agere, quod dubites, aequum sit, an iniquum. Aequitas enim lucet ipsa per se, dubitatio cogitationem significat injuriae [78].

---

[78]) Wenn Garve in s. philosoph. Anmerkungen und Abhandlungen zu Cicero's Büchern von den Pflichten, 5te Ausg. Breslau, 1801. S. 77. bei dieser Stelle die Frage aufwirft: ob die Aequitas allemal eine so einleuchtende Sache sey, daß in Absicht auf sie kein Zweifel im Gemüthe aufsteigen könne? so könnte man ihm wohl am beßten mit Baco, de argument. scientiar. Lib. VIII. antworten: qui de legibus scripserunt, omnes vel tanquam philosophi, vel tanquam juris consulti, argumentum illud tractaverunt. Atque philosophi proponunt multa, dictu pulchra, sed ab usu remota. — So lange die Bestimmung dessen, was Recht sey, von Menschen abhängt, die irren können, wird alles Recht etwas Unvollkommenes bleiben.

Derselbe, in Orat. pro Caecina Cap. 20.

Quare si ad eum restituendum, qui vi dejectus est, eandem vim habet aequitatis ratio: ea intellecta, certe nihil ad rem pertinet, quae verborum vis sit, ac nominum.

Derselbe, de legib. Lib. I. Cap. 18.

Equidem omnes viri boni ipsam aequitatem et jus ipsum amant, nec est viri boni errare et diligere, quod per se non sit diligendum. Per se igitur jus est expetendum, et colendum; quod si jus est, etiam justitia.

Derselbe, in Topic. Cap. 23.

Institutio autem aequitatis tripartita est; una pars legitima est, altera conveniens, tertia moris vetustate confirmata. Atque etiam rursus aequitas tripartita esse dicitur: una ad superos deos, altera ad manes, tertia ad homines pertinere: prima, pietas; secunda, sanctitas; tertia, justitia seu aequitas nominatur [79].

Marcellus, in L. 183. D. de reg. jur.

Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus: tamen, ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est [80].

Ulpian, in L. 32. D. de peculio (15. 1.).

Licet hoc jure contingat, tamen aequitas dictat contrarium;

Derselbe; in L. 4. §. 1. D. de eo, quod certo loco (13. 4.)

In summa aequitatem quoque ante oculos habere debet judex;

und in L. 1. D. de minoribus (4. 4.)

---

[79] Hierher gehören auch die schon angeführten Stellen Cicero's: de Offic. III. 17. pro Murena cap. 12. Philipp. IX. 5. Brutus. c. 45. de Legib. 1. 5. de Orat. 1. 42. und viele andere.

[80] Diese Worte des Marcellus legt Divus Antoninus (L. 7. p. D. de in integr. restit. 4. 1.) seiner Entscheidung zum Grunde und setzt dazu: Itaque ei citatus non respondet, et ob hoc more pronunciatum est, confestim autem pro tribunali te sedentem adiit, existimari potest, non sua culpa, sed parum ex audita voce praeconis defuisse, ideoque restitui potest. — S. Leyser, Med. ad. Pand. sp. III. No. 6. —

Hoc edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit.

Tryphonius, in L. 31. D. depositi vel contra. (16. 3)

Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat. Sed eam utrum aestimamus ad merum jus gentium, an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis? [81]).

Modestin, in L. 25. D. de legibus.

Nulla juris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut, quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.

Paulus, in L. 2. §. 5. D. de aqua et aquae pluviae etc. (39. 3.)

Hoc aequitas suggerit, etsi jure deficiamur;

Derselbe, in L. 90. D. de reg. jur. [82]).

In omnibus quidem, maxime tamen in jure aequitas spectanda est.

Scävola, in L. 14. pr. D. de divers. tempor. praescript. (44. 3.)

De accessionibus possessionum nihil in perpetuum, neque generaliter definire possumus, consistunt enim in sola aequitate.

Pomponius, in L. 206. D. de reg. jur.

Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem [83]).

---

[81]) S. Panciroli thesaur. variar. lection. Lugd. Bat. 1617. Lib. II. cap. 1. pag. 185.

[82]) Die Uebersetzer des Corpus juris civilis, (herausgeben von Otto, Schilling u. a.) haben namentlich in dem Titel der Pandekten de regulis juris das Wort aequitas durch Billigkeit übersetzt, während es, um Mißverständnissen zu begegnen, wohl wünschenswerth und der Sache angemessen gewesen wäre, den Ausdruck Aequitas beizubehalten, da, wie früher gezeigt worden, das deutsche „Billigkeit" dem Begriffe der röm. Aequitas keineswegs entspricht.

[83]) Vergl. Ulpian's Ausspruch in L. 25. D. de pignorat. actione,

Gajus, in L. 9. §. 3. D. de acquir. rer. domin. (41. 1.)

Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, jure gentium nobis acquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferri, ratam haberi.

Die Kaiser Constantin und Licinius in L. 8. Cod. de judiciis (3. 1.)

Placuit in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque, quam stricti juris rationem [84].

(13. 7.) wo er in Beziehung auf einen zweifelhaften Fall und auf die Aequitas sagt: Medie igitur haec a judice erunt dispicienda, ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur. Ueber den delicatus debitor hat Chladenius eine eigene Dissertation geschrieben. S. Glück, Erl. d. Pand. Thl. 14. §. 866. S. 67. not. 6.

[84]) Diese Stelle hat bekanntlich zu vielem Streite der Gelehrten Anlaß gegeben. M. s. Glück, a. a. O. Thl. 1. §. 23. — Schulting, in d. angef. Diss. pag. 16. sagt zu dieser lex: ratio legis in promptu est: constat enim nullum in toto terrarum orbe fuisse ac fore, praeter Deum, legislatorem, qui leges omnibus numeris adeo perfectas condere possit, quibus ex aequitate quandoque succurendum sit. Ita quippe natura inductum est, ut plura sint negotia, quam rerum vocabula. Die Meinung mancher Schriftsteller, daß die L. 8. Cod. de jud. im Widerspruch stehe mit L. 1. Cod. de legibus hat Donellus, a. a. O. S. 95 mit der ihm eigenthümlichen Klarheit widerlegt. Die von Donellus ebenfalls widerlegte Meinung derer, welche in der L. 8. Cod. de jud. aequitatis scriptae lesen wollen, beruht auf der falschen Lesart einiger Codices, wie nach dem Zeugnisse Schulting's in s. angef. Diss. Cap. II. S. 13. schon Duarenus genügend dargethan hat, welcher in Lib. 2. Cap. 18. seiner Disputat. annivers. sagt: in vetustis codicibus verbum scriptae non est, nec dubito, quin additum est ab iis, qui, vim aequitatis non intelligentes, conciliare illud rescriptum cum L. 1. Cod. de leg. non poterant. — S. Brunnemann, Comment. ad Codicem. pag. 58. Pancirolus, a. a. O. S. 186. — Donellus, a. a. O. Thl. 1. S. 93. bemerkt über den Geist der L. 8. Cod.: Sententia est, ubi jus generalibus verbis sciptum est, et quibusdam

Welchen großen Einfluß die römischen Juristen der Aequitas, dem aequo et bono, insbesondere auf die Grundsätze von der Interpretation zugestanden haben, bestätigen:

Javolenus, in L. 200. D. de reg. jur.

Quoties nihil sine captione investigari potest, eligendum est, quod minimum habet iniquitatis.

Paulus, in L. 168. D. de reg. jur.

Rapienda occasio est, quae praebet benignius responsum; quod factum est, cum in obscuro sit, ex affectione cujusque capit interpretationem.

Derselbe, in L. 155. §. 2. D. de reg. jur.

In poenalibus causis benignius interpretandum est.

Julianus, in L. 67. D. de reg. jur.

Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipietur, quae rei gerendae aptior est.

Gajus, in L. 56. D. de reg. jur.

Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.

Marcellus, in L. 3. D. de his, quae in testam. del. (28. 4.)

Sed in re dubia benigniorem interprètationem sequi, non minus justum est, quam tutum.

Paulus, in L. 114. D. de reg. jur.

In obscuris inspici solet, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet.

---

in causis aequum et justum non est id servari, ut in his jus scriptum a justitia et aequitate dissideat, sequemur potius quod justum et aequum est, quam quod scriptum est, quia verba a justitia et aequitate remota efficiunt id jus, quod strictum appellatur, id est id, quod nihil habet auctoris praeter verba, ut sit maxime contra ejus sententiam et voluntatem. — Brunnemann, a. a. O. S. 223. drückt sich darüber so aus: Ergo quando obscura declaranda, generales regulae ad facta adplicandae vel decisiones legum ad casus similes extentendae vel restringendae, vel contraria concilianda, vel ubi jure expresso destituimur, et jus supplendum est.

Derselbe, in L. 141. D. de reg. jur.

Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias [85]).

Julianus, in L. 15. D. de legib.

In his, quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris.

Celsus, in L. 17. D. de legib.

Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem [86]).

Derselbe, in L. 18. D. de legib.

Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur [87]).

---

[85]) Dieselben Worte des Paulus sind in L. 14. D. de legib. wiederholt.

[86]) In diesem Sinne sagt Cicero in der Rede pro Caecina, cap. 19: Verbum certe hoc non modo postulat, sed etiam cogit. At vero ratio juris inderdictique vis, et praetorum voluntas, et hominum prudentium consilium, et auctoritas respuat hanc defensionem, et pro nihilo putet; — und Donellus, a. a. O. Thl. 1. S. 85: Constat jus omne, seu lex omnis, verbis et sententia. Verba sunt, quibus lex quaeque scripta est; sententia, quod lex ex verbis sentire et velle intelligitur. Idem mens legis: ut, cum dicimus verba legis captanda non esse, sed qua mente quid diceretur, animadvertendum.

[87]) Zu diesem Fragment bemerkt Maranus, in Coment. cit. pag. 7: Quae quidem interpretatio non minus necessaria in civitate, quam ipsae leges, quad constare non possit jus, nisi per interpretationem quotidie in melius producatur. In jure ergo civili quoque perspicua est aequitas et justitia; und: Nam ubi eadem est utilitas, id est par aequitas et manifesta legis sententia, etsi verba deficiant, illud tamen, quod per interpretationem suppletur, eadem auctoritate pollet, et legitimum censetur et appellatur, ac si verbis legis fuisset comprehensum. — Donellus a. a. O. Thl. 1. S. 95. Est igitur voluntas legis, ut ita interpretemur; quo fit, ut ita interpretando non modo nihil faciamus contra legem, sed maxime legem confirmemus: quia lex est id, quod lex voluit. Voluntas haec ex

Alle diese Beweisstellen, denen noch viele hinzugefügt werden könnten, stammen aus der Glanzperiode der wissenschaftlichen Ausbildung des römischen Rechts. Die späteren Schicksale des römischen Rechts, bedingt durch die veränderte Staatsverfassung und das Sinken der Wissenschaften überhaupt, in der Periode von Alexander Severus bis Justinian, hat auf die Stellung der Aequitas und ihr Verhältniß zur Theorie des Civilrechts keinen bemerkbaren Einfluß gehabt. Wir haben daher die Quellen lediglich so zu betrachten, wie sie durch Justinian's Compilationen uns erhalten worden sind. Selbst der bekannte Streit zwischen Labeo und Capito und ihren Anhängern über die Principien der aequitas und des strictum jus ist zu wenig klar, als daß ihm ein Einfluß zugestanden werden könnte [88]).

---

fine juris colligitur: jus est ars aequi et boni, est ars ad justitiam ferens. Hinc intelligimus, omnem legislatorem aut hoc ipsum aequum et bonum sibi propositum habere, aut, si de rebus utilibus constituendis agitur, tamen hactenus jus constitutum probare, ne contra aequum et bonum in quibusdam causis recipiatur. — Schulting, in d. angef. Diss. Cap. IV. pag. 18. sagt zu dieser Stelle: Semper enim praesumtio est, voluisse legislatorem, ut cives sentirent, leges a se latas ex aequo et bono in publicam utilitatem et honestatem petitas esse — S. Brunnemann, Commentar. ad Leg. Pandectar. Lib. I. Tit. III.

88) S. Hugo, Lehrbuch eines civil. Cursus, 2te Aufl. 3r. Bd. S. 297. — Interessant würde es seyn, über diesen angeblichen Kampf zwischen den beiden entgegengesetzten Principien der Aequitas und des strictum jus nähere Aufschlüsse zu besitzen. So weit jetzt die Vermuthungen reichen, scheint mir die ganze Sache noch etwas problematisch, zumal man noch nicht einmal darüber ganz einig zu seyn scheint, welcher der beiden Gegner der aequiras, welcher dem strictum jus das Wort geredet habe.

IV.

Für die spätere Geschichte der Aequitas und die Entwickelung ihres Begriffs bieten die Schriften ausgezeichneter Juristen des Mittelalters und der neueren Zeit vielen Stoff dar, indem seit der Einführung des römischen Rechts in Deutschland und Frankreich zu allen Zeiten, namentlich auch in der Periode der besseren Commentatoren des römischen Rechts, im 16ten und zu Anfang des 17ten Jahrhunderts, wir Rechtsgelehrte finden, welche der Aequitas mit Auszeichnung gedenken und ihr die gebührende Stellung in der Theorie des Civilrechts anweisen. Wir finden aber auch Schriftsteller, die, obschon sie die Aequitas für das, was sie ist, anerkannten, auf eine nähere Erörterung und Bestimmung ihres Begriffs sich nicht einließen, vielmehr sie nach dem Beispiele der röm. Juristen, nur practisch nahmen; während andere, im umgekehrten Verhältniß, sie als etwas abstractes ansahen und ihren practischen Werth weniger erkannten. Noch andere haben die Begriffsbestimmung der Aequitas für etwas Unmögliches gehalten und unter diesen steht C. F. Hommel [89]) obenan, welcher ironisch von ihr sagt: magnum sane est, quod quaeritur, quia hoc totum, quale sit, sensu potius percipi, quam certa et absoluta definitione circumscribi potest. Wenn aber Schweppe [90]) anführt, daß sich das, was die Römer bei der Aequitas sich dachten, mehr beschreiben, als definiren lasse, so ist dieß nur eine Hinweisung darauf, daß

---

[89]) Diss. pro jure summo contra aequitatis defensores. Cap. II. — Hommel tritt freilich, wie schon der Titel seiner Dissertation lehrt, als Gegner der Aequitas auf und es scheint ihm mit dem Begriffe der Aequitas gegangen zu seyn, wie v. Leyser, in s. Medit. ad Pandect. spec. 184. mit dem Begriffe der Polizei, von dem er sagt: fateor ingenue, me de solida causarum politicarum definitione, quam a priori vocant, desperare.

[90]) Das römische Recht in seiner heutigen Anwendung. 4te Ausg. Thl. 1. Göttingen 1828. S. 83.

die Römer den Begriff nicht definirt haben, keinesweges aber ein Zweifeln an der Möglichkeit dieser Definition, die Schweppe selbst schärfer und richtiger gegeben hat, als andere. Einige ältere Schriftsteller, die eine Definition der Aequitas versucht haben, sind der Wahrheit mehr oder weniger nahe gekommen [91]). Schon Accursius [92]), ein Florentiner des 13ten Jahrhunderts, bezeichnet die Stellung der Aequitas in den Worten: aequitatem esse rerum convenientia, quae in paribus causis paria jura desiderat; und nennt insbesondere die aequitas civilis: quaedam probabilis ratio, non omnibus hominibus naturaliter cognita, sed paucis tantum, qui prudentia, usu, doctrina praediti didicerunt, quae ad societatis conservationem sunt necessaria. Später hat Duarenus [93]), einer der älteren Commentatoren des 16ten Jahrhunderts, über die Aequitas sich dahin

---

[91]) Besondere Abhandlungen über die Aeqitas finden wir folgende: Alb. Bolognetus, de lege, jure et aequitate. Romae 1570. Fol. — Guil. Maranus, Commentarii II de aequitate sive justitia. In dessen opp. ex rec. Trotz. Traj. ad Rhen. 1741. Fol. — Hugo Grotius, Liber singularis de aequitate etc. Cap. 1. als Anhang seines Werkes de jure belli et pacis c. not Gronovii edit. Barbeyracii. Lips. 1758. 8. — Schulting, Diss. de aequitate et stricto jure. Lugd. Batav. 1717. 4. — Honthemii Diss. de aequitate; angef. bei Neller, in dess. opp. Tom. 1. pag. 12. — Hartmann, Diss. de aequitate juridica. Kiel 1730. 4. — Krefs, Diss. de aequitate, Helmst. 1731. 4. — H. G. Bauer, Progr. de aequitatis in jure usu. Lips. 1761. 4. — Von den angef. Dissertationen habe ich nur die van Kreß und Schulting erlangen können. Die erstere giebt bei ermüdender Weitläuftigkeit nicht viel Brauchbares und die letztere enthält viele Allegate, die nicht beweisen, was sie beweisen sollen.

[92]) Nach dem Zeugnisse Schulting's in dess. angef. Diss. Cap. II. pag. 12. — Die Ansicht des Accursius ist offenbar von der des Cicero entlehnt und ihr entsprechend.

[93]) Nach dem Zeugnisse von Kreß, in s. angef. Diss. Cap. I. §. 16.

ausgesprochen: aequitatem legem esse de justis et injustis hominum mentibus inscriptam, cui sua sponte homines etiam imperiti sine ulla probatione aut doctrina assentiuntur; und an einer anderen Stelle [94]) urtheilt er von der Aequitas: cum certo certius sit, aequitatem seu aequum et bonum nihil aliud esse, quam benigniorem et humaniorem interpretationem juris, quae scripto comprehensa non est, etc. Nach Duaren haben mehrere andere französische Rechtsgelehrte durch ihre Ansichten von der Stellung der Aequitas einen Beweis gegeben, daß sie den Geist des römischen Rechts scharfsinnig aufzufassen und klar wiederzugeben verstanden [95]). Unter diesen drückt Donellus [96]) sehr geistreich

---

[94]) In s. Disputation. annivers. Lib. II. Cap. 18. — S. Donellus, Comment. de jure civil. Edit. VI. Vol. I. pag. 96.

[95]) Ohngeachtet das römische Recht wenigstens im 13ten Jahrhunderte in Frankreich noch verboten war, so haben doch die späteren französischen Rechtsgelehrten in der Behandlung des römischen Rechts sich vor allen ausgezeichnet. Man denke an die gefeierten Namen eines Duaren, Doneau, Maran, Godefroi, Cujas u. a. Fast möchte man glauben, jenes Verbot habe, einer bekannten Erfahrung gemäß, den Enthusiasmus für das fremde Recht, der jene Gelehrten ausgezeichnet hat, erzeugt und genährt. —

[96]) In s. Commentariis de jure civili. Tom. 1. pag. 93, Edit. VI. stud. Koenig. Norimb. 1801—1808. Vol. I—IV. Nach König's Tode fortgesetzt von Bucher, bis Vol. XV. Norimb. 1833. 8. — So oft ich in den trefflichen Commentarien des Donellus (geb. zu Chalons 1523) lese, und mir dann ein Bild von dem Zustande der Wissenschaften im 16ten Jahrhund. im Allgemeinen mache, drängt sich mir unwillkürlich die Ueberzeugung auf, wie hoch Donellus über sein Zeitalter gestanden haben müsse, und wie groß damals der Einfluß des Studiums des römischen Rechts und des philosophischen Geistes der römischen Rechtsquellen auf scharfsinnige Männer gewirkt habe, die unbefangen genug waren, das fremde Recht nicht einseitig, sondern mit Geist zu behandeln und anzuwenden. Es ist dieß eine um so interessantere Beobachtung, wenn wir zugleich bemerken, wie auf der anderen Seite das römische Recht durch geistlose und irrige Anwendung geschadet habe. Gebrauch und

sich so aus: Aequitas eo spectanda in jure, non, ut hujus specie jus tollatur, sed ut, dum jus manebit, hinc interpretationem et modum accipiat, ne jus propter verba, etiam in quibus causis iniquum est, perfracte retineatur; und fügt in Beziehung auf die L. 18. D. de legibus hinzu: Est autem benignitas non tantum humanitas, sed etiam aequitas, id est, jus naturale, quod semper aequum et bonum est. Aequitate autem interpretari est aequitate moderari et temperare [97]. Ein vorzügliches Verdienst um die Aufklärung des Verhältnisses der Aequitas zum jus civile hat Maranus, gebürtig von Toulouse, gleichfalls einer der ausgezeichnetesten französischen Rechtsgelehrten des 16ten Jahrhunderts, sich erworben. In einer so gelehrten, als geistreichen, allenthalben auf die Quellen selbst gestützten Monographie über die Aequitas [98]) geht er von dem Satze aus, daß bei den Römern aequitas gleichbedeutend mit justitia sey und

---

Mißbrauch stehen hier grell nebeneinander. Wir dürfen aber auch nicht vergessen, daß Hierarchie und Despotismus das röm. Recht mißbrauchten, um unlöbliche Zwecke zu erreichen.

[97]) Noch verdient hier hervorgehoben zu werden, was Donellus zu L. 1. Cod. de legib. in Hinsicht auf Aequitas sagt: Nominatim loquitur lex de interpretatione inter aequitatem et jus interposita. Tunc dicitur interponi interpretatio inter aequitatem et jus, cum interpretatio constituit se mediam inter haec duo, ut aequitatem a jure separet: separando dicat, ideo jus mutandum, quia iniquum, seu quia contra aequitatem. Hoc autem tunc solum recte dicitur, cum aequitas toti legi opponitur. Nam cum lex aequitate temperatur tantum ex parte; ibi non separatur jus ab aequitate, neque in iis casibus, in quibus volumus legem conservare, cum in his jus aequum esse dicamus; neque in iis, quos propter aequitatem excipimus, quia in his separatur aequitas non a jure, sed a verbis juris. Verba autem sine sententia legis jus non sunt. (In Commentar. Tom. 1. pag. 97).

[98]) Marani Commentarii II de aequitate sive justitia; in ej. Opp. ex recens. Trotz. Traj. ad Rhen. 1741. Fol. pag. 1—36.

im engsten Zusammenhange mit dem jus selbst stehe; daß daher der erste Titel der Institutionen und der Pandecten eigentlich de aequitate et jure handele. Er hat diesen Satz auf eine interessante, gelehrte und überzeugende Weise durchgeführt und dabei, in genauester Erkenntniß des wahren Geistes des römischen Rechts, unter dessen Quellen er Cicero's Schriften vorzüglich erwähnt, die Stellung der aequitas zum jus civile zuerst am klarsten nachgewiesen. Ausgehend von der Ansicht des unbekannten Auctors der Bücher ad Herennium, welcher die justitia definirt: aequitas jus cuique tribuens pro dignitate cujusvis, bauet er consequent und unter scharfsinniger Benutzung der Quellen darauf den Begriff und Gehalt der Aequitas, als eines integrirenden Theils des jus.

An diese Gleichstellung der Begriffe aequitas und justitia knüpft er die Bemerkung: Ex quibus intelligimus, haec duo vocabula sono vocis, non re ipsa differre, quod scire operae pretium est, tam quia de aequitate saepius apud jurisconsultos tractatur, tum etiam, quia inde discimus, primum illum titulum Digestorum de justitia et jure ad omnes alios sequentes in finem usque voluminis generaliter pertinere et materiam totius operis ab initio demonstrare, aequitatem videlicet et jus, quibus duobus (quasi partibus integrantibus) omnis civilis scientia, id est, jurisprudentia conficitur et constat [99]). Er läßt sodann die Bestimmung des Begriffs der Aequitas folgen in den Worten: Ex quo sequitur, justitiam et aequitatem, de qua nunc agimus, nihil aliud esse, quam divinae aeternaeque justitiae in men-

---

99) An einer anderen Stelle, pag. 6. sagt er: Naturalis ergo ratio, sive justitia et aequitas, non minus jura civilia apud singulos populos varia peperit, quam jus gentium peraeque apud omnes. Jura civilia dico, quae homines et humanitatem sapiant, quae, inquam, naturae consentanea sint. Tota enim juris quoque civilis vis in aequitate et ratione posita est, cum a justitia denominetur, et a jure gentium substantiam capiat, et ars aequi et boni definiatur, alioqui jus appellari non potest.

tibus hominum impressam vivam imaginem: quae ideo similiter recte definiri potest constans et perpetua voluntas, jus suum cuique tribuendi [100]). Auch Weesenbeck [101]) und Rittershusius [102]) bestätigen das Verhältniß der Aequitas zum jus civile, als das einer vermittelnden Rechtsnorm und letzterer nennt sie in Beziehung auf die Mangelhaftigkeit des positiven Rechts sanitatem legis. In einer besonderen Abhandlung hat der um die wissenschaftliche Behandlung des Naturrechts verdiente Hugo Grotius [103]) die Aequitas betrachtet und ihr Verhältniß zum jus vornehmlich auf zwei Gesichtspnnkte zurückgeführt, indem er theils darunter das ideale Recht versteht, wenn er sagt: aequitatem aut aequum de omni interdum jure dici, ut cum jurisprudentia ars boni et aequi dicitur; theils darunter das Naturrecht begreift, wenn er sagt: interdum de jure naturali

---

[100]) Auch darf die Stelle des Maranus nicht mit Stillschweigen übergangen werden, wo er (pag. 3) über den Begriff der aequitas sagt: Hoc vero sensu accepta aequitas definiri potest juris inflexio seu productio ad justam naturae normam: vel naturalis aequitatis in jure civili temperando aequilibrium: vel benigna interpretatio, qua jus positivum ad naturae aequabilitatem revocatur et extenditur: aut denique juris per interpretationem temperamentum vel productio.

[101]) In s. Commentariis in Pandectas juris civilis et Codicis Justinianei libros. Colon. Agripp. 1612. 4. pag. 23. u. f.

[102]) In s. Jus Justinianeum etc. Argent. 1615. 4. Pars. II. Cap. 1. pag. 124. — In Beziehung auf das Verhältniß der Aequitas führt er das Distichon an:

Pharmaca ut humano depellunt corpore morbos,
Sic quoque litigiis leges juraque medentur.

und fügt hinzu: Nam si leges rectae rationi, aequitatique non sunt consentaneae, tum vero eas morbis laborare ac proinde medicamento quodam Poeonio curari debere, significat Nov. 36.

[103]) Liber singularis de aequitate etc. als Anhang zu dessen Werke de jure belli et pacis, Libri III. cum. not. Gronovii, ex recens. Barbeyracii. Lips. 1758. 8.

absolute, ut cum Cicero ait: jus legibus, moribus et aequitate constat. Zu Bestimmung des Begriffs der Aequitas bemerkt Grotius: proprie vero et singulariter est virtus voluntatis, correctrix ejus, in quo lex propter universalitatem deficit. Aequum autem est id ipsum, quo lex corrigitur. Daß er dabei nicht an moralische Billigkeit dachte, sondern die Aequitas für einen Theil des jus selbst hielt, zeigt er in den Worten: Hac de causa jus strictum, quatenus opponitur aequitati, jus esse negamus, sed ita dici aequivoce, ut hominem pictum hominem dicimus [104]. Auch Vinnius [105]) fühlte die Nothwendigkeit einer sorgfältigen Unterscheidung beider Begriffe und sagt in dieser Beziehung: quod ut planius intelligatur, observandum est, nomen aequitatis dupliciter accipi: vel in genere pro aequo, quod cum omni jure conjunctum est; vel in specie pro eo, quod est a jure civili diversum. Generalis appellatio etiam juri civili convenit: nam omnibus legibus et juri civili aequitas aliqua inesse creditur, nomenque juris non meretur, quod ab omni aequitate destitutum est. Schulting, in seiner Dissertation über die Aequitas [106]) hat, obschon er eine Definition nicht aufstellt, sondern auf Cicero und die Fragmente der römischen Juristen verweis't, die Stellung der Aequitas zum jus, wie sie von den älteren Commentatoren angenommen worden, bestätigt; wogegen Kreß [107]) bei der

---

104) Wie genau Grotius den Begriff der Aequitas von dem der Billigkeit im heutigen Sinne geschieden habe, zeigt er in s. Werke de jure belli et pacis, Lib. III. Cap. 20. pag. 1000. wo er von einer Stelle bei Aristoteles sagt: Quo in loco aequitas non proprie significat, ut alibi, partem illam justitiae, quae legis sonum generalem ex mente auctoris adductius interpretatur, (nam haec et judici commissa est) sed omne id quod rectius fit, quam non fit, etiam extra justitiae proprie sic dictae regulas.

105) S. Vinnii in IV libros Institut. commentar. academ. et forens. Herbor. 1699. Lib. I. Tit. II. pag. 27.

106) Diss. de aequitate et stricto jure. Lugd. Batav. 1717. 4.

107) Diss. de aequitate. Helmst. 1731. 4. Cap. 1. §. 18.

von ihm versuchten Definition in den Hauptfehler alles Definirens verfällt und dabei von dem Gegegenstande keine ganz klare Vorstellung gehabt zu haben scheint, wenn er sagt: **Aequitas est habitus mentis vel doctrina, ubi secundum aequalitatis regulas, ex rationis ratiociniis haustas, hoc vel illud interpretando, sive juri supplendo, sive demendo, ad imbecillitatem generis humani respiciendo, benigne dijudicamus** [108]. Später haben Struv [109], Huber [110], Hellfeld [111], Hofacker [112] und Nettelbladt [113])

---

[108]) Ich zweifele, daß Kreß die Abhandlung des Maranus und die Ansichten des Donellus über die Aequitas gelesen habe, sonst würde er nicht eine Definition gegeben haben, die ein Gemisch von Aequitas im Sinne der Römer und von moralischer Billigkeit zu seyn scheint. Daß Kreß die Aequitas im Sinne der Römer hat bezeichnen wollen, geht daraus deutlich hervor, daß er Cap. I. §. 5. die aequitas eintheilt in juridica und moralis. — Daß Gelehrte, die nicht Juristen waren, den Unterschied zwischen aequitas und moralischer Billigkeit nicht zu machen wußten, zeigt Donatus, ad Terentium in Adelphis zu Act. V. Scen. 7. v. 15. wo er sagt: jus est, quod omnia recta et inflexibilia exigit; aequitas est, quae in jure multum remittit, rigido scilicet jure.

[109]) In s. Jurisprudent. forens. Edit. Heineccii, Bamb. 1767. 8. Lib. I. Tit. 2. §. 18. pag. 13. wo er sagt: Imo potius aequitas nihil aliud est, quam interpretatio legis restrictivae generalibus verbis conceptae, et unde durum aliquid et intolerandum sequuturum sit, si verbis inhaerere velles.

[110]) In Digression. Justinian. Lib. I. Cap. 5. §. 3. wo wir lesen: aequitas nihil quam benigna et humana juris scripti interpretatio est, pro diversitate singularium, non ex verbis, sed ex mente legislatoris facta.

[111]) Jurisprudentia forensis sec. ordin. Pandectar. Tom. 1. Lib. 1. §. 26. und §. 30.

[112]) Principia jur. civ. Rom. Germ. Tom. 1. Lib. 1. Cap. 1. §. 12. S. 8: Etenim quae jure civili non sunt definita, relicta sunt juri, seu aequitati naturali (absolutae, suppletoriae). Eaque juris civilis correctio seu emendatio desumta ex praeceptis juris naturalis aequitas dicitur (adplicata, correctoria).

[113]) In s. System. element. jurisprud. positivae Germanor.

zu Bestätigung der bisherigen Ansichten über die Stellung der Aequitas beigetragen und wiederholt darauf hingewiesen, daß die Aequitas, als von der Billigkeit ganz verschieden, in der Eigenschaft einer selbstständigen Rechtsnorm dem jus civile angehöre. Mit Hinsicht auf den Einfluß der Philosophie auf das römische Recht sagt Pauli [114]), die Heilung der Unvollkommenheiten des Rechts meinend, von den Römern: medicinam perpetuam ab aequitate petierunt; und bezeichnet den Begriff der Aequitas selbst in den Worten: aequitatem nihil aliud esse, quam istam animi consuetudinem, qua scriptam legem ita interpretamur, ut non verba tantum, syllabasque illius aucupemur, sed, quid senserit, qui scripsit, aut qui locutus est, spectemus, quo, quae salubriter pro utilitate hominum legibus sunt constituta, benigna hac interpretatione in eorum commodum perducantur. J. E. v. Globig in seiner vortrefflichen Censura rei judicialis [115]) deutet mit Rücksicht auf die Unsicherheit und das Trügliche unserer meisten Entscheidungsquellen auf die Aequitas und die Wichtigkeit ihrer Stellung in der Theorie des Civilrechts und ihres Einflusses auf die Praxis hin, indem er sagt: Hinc duplex judicis arbitrium: alterum, quod ipsam theoriam juris corrigit, vel suplet; alterum, quod adplicationem ejus ad facta controversa moderatur; womit er die Nothwendigkeit eines vernünftigen Erwägens der Thatsachen, also dessen, was ich oben durch ae-

---

comm. gen. §. 230. sagt: benigna interpretatio, per quam is sensus pro vero assumitur, qui legibus naturalibus magis convenit, quam alter, vel saltim a rigore magis alienus est; eaque locum habet, si adest ambiguitas, id est, plures interpretationes aeque probabiles sunt.

114) Diss. de utilitatibus, quas attulit philosophia ad jura et jurisprudentiam Romanam. Lips. 1753. 4.

115) Censura rei judicialis Europae liberae, praesertim Germaniae, novis legum exemplis illustrata. Auctore J. E. a Globig. Part. II. Lips. 1820. 8. Pars I. Cap. V. pag. 143. sq.

quare jus facto bezeichnet habe, bestätigt. Selbst Kind[116]), der mit Recht die Ansicht Leyser's[117]) widerlegt, insofern dieser ausdrücklich von einem besonderen Falle spricht, in welchem die gesetzlichen Vorschriften im Allgemeinen nicht nur nicht zweifelhaft, sondern sogar sehr bestimmt ausgesprochen sind, bestätigt zwar indirect, doch unverkennbar, daß in Fällen, wo die Anwendung des Gesetzes zweifelhaft ist oder ein ausdrückliches Gesetz ermangelt, die Aequitas allerdings in Wirksamkeit trete.

Der Fall, der die Veranlassung zu Leyser's Meditation und zur Kind'schen Question gab, war aber gerade ein entgegengesetzter. Kind hat daher dort, mit Leyser, offenbar zunächst die moralische Billigkeit im Auge gehabt, da es in beiden Fällen um ein Nachlassen von der Strenge des unzweifelhaften Rechts (anerkannter Rechtssolennitäten) sich handelt. Es ist daher an sich vollkommen wahr, wenn Kind von der L. 183. D. de reg. jur. und der L. 8. Cod. de judiciis, auf welche Leyser sich bezogen hat[118]), sagt: Quae loca, si ad quaecunque negotia pertinerent, et ita quoque actibus, qui ob juris solemnia neglecta ipso jure nulli forent, ex aequitatis rationibus subvenire posset, verendum sane esset, ne vel sapientissima legum praecepta, ad excludendam hominum levitatem atque inconstantiam comparata: tanquam inutilia et supervacanea subverterentur. Daß dieß nie in der Ab-

---

[116]) In dessen Question. forens. Edit. II. Lips. 1807. Tom. I. quest. 39. pag. 257. sq.

[117]) In dessen Meditat. ad Pandect. Lips. 1717. sq. medit. III. Vol. 1. pag. 28.

[118]) Die Beziehnng, die v. Leyser auf diese beiden Fragmente römischer Juristen genommen, zeigt, daß er dabei an die röm. Aequitas gedacht habe; er hat aber die Begriffe offenbar verwechselt, da ihm schwerlich entgangen seyn kann, daß keiner der röm. Juristen die Aequitas gegen bestimmte und klare gesetzliche Vorschriften geltend zu machen beabsichtigt hat.

sicht der römischen Juristen gelegen habe, noch in dem Geiste der römischen Aequitas liege, kann nach dem bisher Dargestellten keinem Zweifel unterliegen und wird von Kind selbst nicht in Abrede gestellt. Wenn aber Kind dabei einen Unterschied zwischen aequitas legibus agnita und non agnita macht, den er auch an einer anderen Stelle wiederholt andeutet [119]), so ist nicht deutlich zu erkennen, was er eigentlich damit gemeint habe.

Auch in dieser anderen Question, wo er gegen die Billigkeit des Richters eifert, setzt er klare, unzweideutige Gesetze voraus und hat daher, weil, wie ich schon früher bemerkte, moralische Billigkeit nie der Beweggrund eines Richters zu einer willkürlichen Milderung eines Gesetzes werden kann, auch hier vollkommen recht. Wenn er aber dabei auf den Ausspruch Papinian's [120]) in der L. 15. D. ad municip. sich beruft, wo dieser sagt: facti quidem questio sit in potestate judicantium, juris autem auctoritas non sit, so ist dieß ein Beweis für die Anwendung der Aequitas in zweifelhaften Fällen, indem Papinian durch den Ausdruck juris auctoritas auf bestimmte Normen deutete, während er, hätte er die Aequitas ausschließen wollen, von juris interpretatio gesprochen haben würde.

Wenn W. Tr. Krug [121]) die Ansicht ausspricht: das

---

119) Quest. forens. Tom. IV. Quest. 37. pag. 221. sq.

120) Diese Stelle Papinian's scheint ganz unzweideutig auf das aequare jus facto sich zu beziehen. Denn die Cognition des facti allein, ohne die Anwendung des jus ist undenkbar, wenn von rechtlicher Entscheidung die Rede ist, die eben in der Anwendung des Rechts auf die vorliegenden facta besteht. Papinian hat daher ebenfalls nur sagen wollen, daß bei klaren Gesetzen es dem Richter nicht gestattet sey, willkürlich davon abzuweichen. Daß aber bei zweifelhaften Gesetzen auf dem Wege der Interpretation von dem Richter nachzuhelfen sey, versteht sich von selbst.

121) In s. System der practischen Philosophie, erster Theil, Rechtslehre, Königsb. 1817. §. 22. S. 81.

Billigkeitsrecht (jus aequitatis) sey von der Art, daß solches, indem was billig ist, wenigstens naturrechtlicher Weise nicht erzwingbar sey, ein inneres und unvollkommenes Recht ausdrücke, mithin auf das, was an sich oder innerlich recht ist (rectum) bezogen werde, so ist nicht zu verkennen, daß Krug die Begriffe der moraïischen Billigkeit und der römischen Aequitas vermengt habe und dadurch unklar geworden sey; es ist aber auch einleuchtend, daß Krug dabei die Aequitas, als einen Theil des Rechts wirklich im Sinne gehabt habe. Dieß geht besonders aus der Anmerkung 1. S. 82. hervor, wo er von dem bekannten summum jus summa injuria [122]) meint, daß es eigentlich so viel sage, als: summum jus interdum fieri potest summa iniquitas, und dabei bemerkt: „wenn der positive Gesetzgeber auf Recht und Billigkeit zugleich Rücksicht nehmen dürfe, so werde auch der positive Richter nach Recht und Billigkeit zugleich urtheilen dürfen, vorausgesetzt, daß das positive Gesetz selbst, welches immer seine Richtschnur seyn muß, ihm nicht die Hände binde." Wo übrigens von positiven Gesetzen a priori die Rede ist, da setzt man freilich vollkommene Gesetze voraus; daß eine solche Voraussetzung aber ein unerreichbares Ideal, und daher die Sache practisch ganz anders zu nehmen sey, ist eine ausgemachte Wahrheit und eben darauf gründet sich die Nothwendigkeit der Aequitas, als einer vermittelnden Rechtsnorm. Glück [123]) definirt die Aequitas, die er jedoch überall mit dem deutschen Worte Billigkeit bezeichnet,

---

[122]) Ueber dieses proverbium vergleiche man Cicero, de Offic. Lib. 1. Cap. 10. — Kress, Diss. de jure summo, injuria summa. Cap. II. §, 6. u. 7. — Eisenhardt, Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern, Leipz. 1792. 8. No. VII. S. 18. — H. Th. Kind, proverbium summum jus summa saepe injuria. Vitemb. 1790. 4. — Maaß, über die Rechte und Verbindlichkeiten überhaupt und die bürgerlichen insbesondere. Halle 1794. S. 17.

[123]) In dessen Erläuter. der Pandecten, Thl. 1. §. 26. S. 195.

„das, was dem Sinne und der Absicht eines Gesetzes oder Vertrags, oder einer anderen, verbindlichen Verordnung gemäß und also Resultat einer Auslegung ist, wobei auf die vorliegenden Umstände der Sache und die besonderen Eigenschaften und Verhältnisse der Personen Rücksicht genommen wird" Diese Definition ist nicht erschöpfend, daß aber Glück damit die römische Aequitas gemeint habe, legt sich theils von selbst dar, theils geht es aus dem Nachsatze S. 196 hervor: „Deswegen setzen diejenigen Rechtsgelehrten, welche über diesen Gegenstand geschrieben haben, die Billigkeit des Richters vorzüglich in eine vernünftige Erwägung der zu beurtheilenden Thatsachen" [124]).

Interessant ist das Urtheil Müllner's über diesen Gegenstand und besonders der Widerspruch, in den er mit sich selbst geräth und gerade damit den Beweis liefert, daß die Aequitas der Römer nicht nur etwas, von unserer moralischen Billigkeit wesentlich verschiedenes, sondern auch etwas in der Theorie des Civilrechts hochgestelltes sey, daher auch Müllner selbst, wie es scheint fast unwillkürlich, den gebührenden Einfluß auf Theorie und Praxis ihr zugesteht. In Modestin's Sechzig Gedanken zu dem Entwurfe einer neuen Gerichtsordnung für Sachsen, o. O. 1804 [125]), erklärt er sich im §. 1. S. 5. gegen die Billigkeit des Richters, indem er gegen das richterliche Ermessen, eigentlich aber mehr dagegen eifert, daß der Gesetzentwurf ausdrücklich auf das Ermessen des Richters hinweise.

---

[124]) Die von Glück hier in der not. 60. S. 196. angeführte Abhandlung Klein's in dessen Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten, Bd. 1. S. 357 — 390. habe ich nicht zur Einsicht bekommen können. — S. auch Glück a. a. O. §. 30. S. 207.

[125]) Als Verfasser von Modestin's Gedanken ward Müllner in Zachariä's Annalen der Gesetzgebung Bd. 1. S. 455. genannt und hat sich später in der Vorerinnerung zu seiner Elementarlehre der richterlichen Entscheidungskunde, Leipzig 1812. S. XI. dazu bekannt.

Er führt als Grund seiner Meinung an: „weil, wo das Gesetz nichts bestimme, oder dunkel sey, schon von selbst das Ermessen eintrete." In seiner Elementarlehre der richterlichen Entscheidungskunde [126]) definirt er Ansprüche der Billigkeit: „ein im Staate giltiges Recht, das aber unerweislich ist, weil die empirische Wahrheit, auf der es beruht, nicht zur rechtlichen Gewißheit gebracht werden kann." Darauf stützt er die Behauptung: „ein Rechtsurtheil, welches Billigkeitsansprüche anerkennt, ist ungerecht" [127]). Nun ist aber der sonst so geistreiche Müllner bei jener Definition offenbar unklar und oberflächlich zu Werke gegangen und hat damit, genau betrachtet, eigentlich nicht mehr gesagt, als daß ein Anspruch, der nicht erwiesen werden kann, auch von dem Richter nicht berücksichtiget werden darf und darin wird ihm Niemand widersprechen. Er spricht also

---

[126]) No. XIII. §. 56. S. 64. — Eins der interessantesten Beispiele, wie Billigkeitsgründe, die in die Ansichten und Entscheidungen der Rechtsgelehrten sich einschleichen, durch eine vernünftige Praxis von selbst wieder verdrängt werden, liefert die Zusammenstellung der Gründe für die bejahende und für die verneinende Antwort auf die Frage: ob der Empfänger unbestellter Lotterieloose verbindlich werde, wenn er die Loose liegen lasse und nicht remittire? S. Bender, die Lotterie, eine juristische Abhandlung, Heidelberg 1832. §. 14. Beilageheft zum Archiv für civil. Praxis, Bd. 15. S. 53. — Die dort für die bejahende Antwort aufgestellten Gründe sind offenbar solche, von welchen Müllner sagen würde, daß sie Billigkeitsansprüche anerkennen und unerklärlich ist es, wie diese bejahende Meinung in Curtius Handbuch, Thl. IV. §.1560. hat Aufnahme finden können.

[127]) Daß dabei an die Idee der römischen Aequitas nicht zu denken sey, zeigt Ulpian in der L. 4. §. 7. de eo quod certo loco, wo er sagt: in summa aequitatem quoque ante oculos habere judex debet. Auch ist von Müllnern nicht vorauszusetzen, daß er mit seinem Satze dem Ulpian habe einen Vorwurf machen wollen, wenn wir betrachten, daß Müllner in Modestin's Gedanken §. 19. S. 32. von den Römern sagt: daß in Dingen, die den Kern der Rechtswissenschaft betreffen, fast jeder Schritt aus ihrer Bahn ein Fehltritt sey.

hier ganz unzweideutig nur von moralischer Billigkeit und bestätigt die ohnehin bekannte Wahrheit, daß diese nicht Sache des entscheidenden, wenn auch des Gütepflegenden Richters ist. Wenn aber Müllner §. 58. S. 65 die Aeußerung stellt, „sie sey ein leider häufiges Erzeugniß der Unwissenheit und des Scheues vor dem Geschäfte des Denkens, welches man sich erspart, wenn man anstatt des Verstandes die Neigung hört;" so ist es um so wichtiger, die Ueberzeugung zu gewinnen, daß Müllner diesen Vorwurf nicht der Aequitas der Römer macht; und dafür hat er schon selbst gesorgt, indem er in Modestin's Gedanken §. 20. S. 34 sagt: „daß das Verbot des Eidesantrags über die legitimatio ad causam in die schöne Lehre des Paulus in der L. 90. D. de reg. juris: In omnibus quidem, maxime tamen in jure aequitas spectanda! ein Loch machen würde."

Mit practischem Blick hat Weber [128]) der Aequitas im Sinne der Römer das Wort geredet, indem er sagt: „Es ist wohl unleugbar, daß die Gerichte überall, wo positives Recht keine zureichende Bestimmung an die Hand giebt, den Grundsätzen und Vorschriften des Vernunftrechts folgen müssen, da die Mitglieder der bürgerlichen Societät, als Menschen, unter dem Gesetze der Vernunft stehen und vermöge desselben Rechte und Verbindlichkeiten stattfinden, deren Handhabung der Staatsbürger, eben weil er nicht selbst Gewalt brauchen darf, nunmehr mit desto größerem Rechte von der angeordneten Obrigkeit verlangt. Die tägliche Erfahrung beweiset auch, daß in unendlich vielen Fällen die Gründe der Entscheidung in der That nicht sowohl aus positiven Gesetzen, als vielmehr aus der Natur der Sache und den allgemeinen Regeln des natürlichen Rechts hergenommen werden; obgleich manche Richter, durch jenen Irr-

---

[128]) S. D. Adolph Dietrich Weber's systematische Entwickelung der Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten und deren gerichtlichen Wirkung; 2te Ausgabe, Schwerin und Wismar, 1795. S. 120 u. f.

wahn getäuscht, sich lieber selbst das Gegentheil sehr unrichtig einbilden, dem positiven Rechte zuschreiben, was ihnen eigentlich das moralische Gefühl als Recht oder Unrecht angekündigt hat, und sich lieber allerhand unrichtige Erklärungen der Gesetze erlauben, als das Naturrecht ausdrücklich für die Quelle ihrer Entscheidung anerkennen wollen."

Scharfsinnig und geistvoll haben in neuester Zeit mehrere Rechtsgelehrte die Stellung der Aequitas zum jus und ihre, dem Geiste des römischen Rechts angemessene Bedeutung hervorgehoben und unter diesen zunächst Schweppe [129]), dessen Worte sind: „Der Moral, dem Naturrechte und dem positiven Rechte zur Seite steht als Vermittlerin dieser Quellen die aequitas. Aequitas ist also diejenige Rechtsnorm, welche sich von allen Willkürlichkeiten entfernt, Jedem zu Theil werden läßt, was ihm gebührt und möglichst schonend und mit Berücksichtigung der Umstände verfährt" [130]).

Was Roßhirt [131]) über das Verhältniß der römischen Aequitas zum jus sagt und die Vergleichung dieses Verhältnisses mit dem der englischen equity zu dem common-law, ist ebenfalls vorzüglich geeignet, die Stellung der Aequitas und ihre wahre Natur zu charakterisiren, weßhalb ich auf diese

---

[129]) A. a. O. Thl. 1. §. 38. S. 83.

[130]) In dieser Definition ist die Uebereinstimmung mit der Ansicht des Maranus unverkennbar. — Sehr bezeichnend sagt Schweppe noch S. 83. „die in dem deutschen Worte Billigkeit liegende Hinweisung auf das Nachlassen von der Strenge des Rechts aus Milde ist der römischen Aequitas eigentlich fremd, welche auf die moralische Billigkeit, welche aus unvollkommenen Pflichten abgeleitet wird, keine Rücksicht nimmt" und S. 84. „Die Aequitas wird sehr hoch gestellt; die schon zum Vorraus geregelte kommt als aequum jus allenthalben zur Anwendung, wo nicht strictum jus gilt; und selbst die weniger bestimmte entscheidet, wenn ausdrücklich auf aequitas verwiesen, der Rechtssatz zweifelhaft oder dem Ermessen des Richters überlassen ist."

[131]) In der Abhandlung: Von den Ansichten unserer Zeit über die wichtige Frage der Codification; a. a. O. S. 91. u. f.

interessante Abhandlung, deren Inhalt umständlicher zu erwähnen, zu weit führen würde, verweise. Besonders anziehend ist die S. 92 geschehene Hinweisung darauf, daß die Engländer, nach ganz gleichen Vorstellungen, wie die der Römer waren, ein System des common-law haben, wie die Römer ein System des juris civilis, und ein System der equity, wie die Römer ein System des juris praetorii. Ebendeßwegen, fügt Roßhirt hinzu, kennen die Engländer nicht ein unpractisches Naturrecht, wie die Deutschen und Franzosen [132]). Gleichzeitig hat sich Burchardi [133]) über den Geist der Aequitas in einer Weise ausgesprochen, die die erfreuliche Erfahrung bestätigt, wie sehr der Sinn für die Wichtigkeit der Aequitas und ihrer Stellung in der Theorie des Civilrechts bei den Rechtsgelehrten der neuesten Zeit geweckt worden ist. Er sagt: „Zu einer wahrhaft innerlich gleichen Behandlung menschlicher Verhältnisse, wie sie die Idee der vollkommenen Gerechtigkeit erforderf, würde gehören, daß alle Besonderheiten der verschiedenen Gegenstände rechtlicher Beurtheilung stets vollständig und gleichmäßig gewürdiget würden, so daß das Verfahren, welches wir in dem einen Falle beobachten, sich zu dessen sämmtlichen Eigen-

---

[132]) Bei den Franzosen entspricht der Aequitas die raison écrite. — Daß der Code civil der équité im Allgemeinen nicht Erwähnung thut, war wohl ganz consequent, da zur Zeit seiner Entstehung er die Präsumtion eines möglichst vollkommenen positiven Gesetzbuches für sich hatte. Auch läßt sich nicht verkennen, daß die Idee der Aequitas und ihr practischer Einfluß eine ganz andere Gestalt annimmt, wo mit einem Civilgesetzbuche die Oeffentlichkeit des Verfahrens verbunden ist, als da, wo ohne Oeffentlichkeit des Verfahrens ein bürgerliches Gesetzbuch eingeführt ist, wie z. B. in Preußen und Oestreich. Der Code civil beschränkt sich Tit. III. Sect. I. §. 1135. pag. 177. darauf, zu bestimmen: les conventions obligent non-seulement à ce, qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

[133]) Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Göttingen 1831. §. 1. S. 1.

thümnlichkeiten genau so verhielte, wie die Behandlung eines anderen Falles zu dessen individueller Gestaltung. Dieß ist, was die Römer so treffend als aequitas, aequabilitas, aequum jus, aequum bezeichneten und wofür wir nur den schwankenden Begriff der Billigkeit haben [134])." Von dieser Burchardischen Entwickelung des Begriffs der Aequitas sagt Krug [135]), indem er sie mit Recht als vortrefflich bezeichnet: „Sie beruht auf der Betrachtung, daß die unendlich mannigfaltigen Combinationen der factischen Verhältnisse des Lebens Umstände herbeiführen können, unter denen consequente Anwendung selbst des vollkommensten positiven Rechtssystems, weil es auf Abstraction beruht, zu materieller Ungleichheit in der Beurtheilung gleicher Verhältnisse (daher iniquitas) führen würde, welche das Rechtsgefühl verletzt (daher Unbilligkeit, von Bill. = Recht). Daß aber die öffentliche Rechtspflege dem Rechtsgefühl entspreche, liegt im Interesse des Staates (utilitas). Es ist daher practisches Bedürfniß, daß anerkannte Aequitas Geltung erhalte."

---

[134]) Sehr treffend fügt Burchardi noch hinzu: „Mag eine positive Regel auch noch so wohlberechnet, noch so schonend seyn, niemals kann sie dieser Idee der aequitas, des innerlich gleichen Rechts, völlig entsprechen; immer behält sie ihrer Natur zufolge etwas durchgreifendes, bleibt ein strictum jus. Denn nur massenweise kann sie die Personen, Sachen, Fälle und Verhältnisse auffassen, nach einigen übereinstimmenden Charakteren, während sie andere Modificationen des Einzelnen unberücksichtigt lassen muß, und daher statt jener inneren, nur eine äußere und scheinbare Gleichheit der Behandlung der unter dieselben fallenden Gegenstände zu begründen vermag."

[135]) S. D. August Otto Krug, die Lehre von der Compensation, Leipzig 1833. S. 17. not. 34. — In dieser, in jeder Rücksicht lesenswerthen Schrift finden wir mit Consequenz die Idee der aequitas in dem Institute der aequitas compensationis, wie Krug sehr bezeichnend sich ausdrückt, durchgeführt, während früher von Hasse, über Compensation und ihre Liquidität; im Archiv für civilist. Praxis, Bd. 7. S. 145 u. f. diese Idee schon angedeutet, nicht aber so scharf hervorgehoben worden war. Für die Stellung der aequitas im jus civile der Römer ist diese Darstellung von großer Wichtigkeit.

Wenn ich an diese Darstellung der seit Cicero bis auf unsere Zeiten fortgepflanzten, nach und nach immer klarer erkannten und ausgesprochenen Ansichten über die Aequitas der Römer und ihre Stellung in der Theorie des Civilrechts noch einige Bemerkungen knüpfe, so wird vielleicht mancher Leser sie überflüssig finden, mit Cicero sagend: aequitas enim lucet ipsa per se. Daher beschränke ich mich darauf, das Resultat der bisherigen Erörterungen mit wenigen Worten zusammenzufassen, den historisch entwickelten Begriff der Aequitas festzustellen, und dann im letzten Abschnitte die Wichtigkeit ihres Einflusses auf die Praxis noch kürzlich zu betrachten.

Wir haben gefunden, daß die römischen Juristen den Begriff der von ihnen so hochgestellten Aequitas nicht definirten, sondern als bekannt voraussetzten, weßhalb wir genöthigt sind, aus der practischen Beziehung, die sie allenthalben darauf nehmen, das zu abstrahiren, was sie unter aequitas sich dachten. Ich enthalte mich, hier einen Commentar zu den oben angeführten Stellen Cicero's und der justinianischen Rechtsbücher zu liefern, da jene Stellen an sich klar sind, und einer besonderen Beleuchtung nicht erst bedürfen, um durch sie zu beweisen, was eben zu beweisen war. Von den Schriftstellern, die später über die Aequitas sich verbreiteten und auf ihre Begriffsbestimmung sich einließen, haben Maranus, Donellus, Schweppe und Burchardi am treffendsten sie bezeichnet, ohne sie, nach ihrem Zusammenhange mit der Lehre von der Interpretation, einseitig auf diese zu beschränken. Daß die Aequitas ihre practische Wirksamkeit vorzugsweise auf diesen Theil der Theorie, auf die Interpretation, erstrecke, ist allerdings wahr, allein dennoch die Ansicht derer mindestens nicht erschöpfend, welche in die Definition der Aequitas fast ausschließlich nur die Idee der Interpretation aufnehmen, wie dieß Struv, Pauli, Huber, Nettelbladt und neuerlich Glück gethan haben.

Daß diese Stellung der Aequitas nicht erschöpfend sey, vielmehr auf einer nicht hinlänglichen Würdigung des wahren

Umfanges ihres Begriffs beruhe, geht schon daraus deutlich hervor, daß von Interpretation im jure civili überhaupt nur dann die Frage entstehen kann, wenn zweifelhafte Gesetze vorhanden sind; es mag nur diese Dunkelheit oder Unbestimmtheit des Gesetzes absolut, d. h. auf die Bestimmung des Gesetzes im Allgemeinen zu beziehen, oder nur relativ seyn, d. h. die Frage veranlassen, ob das Gesetz auf den gegebenen Fall anwendbar sey oder nicht. Jedenfalls setzt dieß die Existenz positiver Gesetze voraus [136]). Da aber im Felde des Civilrechts täglich der Mangel positiver Gesetze fühlbar und gerade dann der Fall vorhanden ist, in welchem die vermittelnde Rechtsnorm der Aequitas um so dringenderes Bedürfniß wird, weil dann nicht mehr von Interpretation im engeren Sinne des Wortes, sondern von der Anwendung allgemeiner Rechtssätze und des Vernunftrechts die Rede ist: so ist auch klar, daß die römische Aequitas nicht bloß als Begleiterin der interpretatio im Civilrecht uns begegne, sondern ihr Begriff, soll er der Natur der Sache entsprechen, allgemeiner gefaßt und zugleich aus einem doppelten Gesichtspunkte, nämlich im subjectiven und objectiven Sinne genommen werden müsse. In diesen Beziehungen stellt sich die Aequitas uns dar 1) im subjectiven Sinne: als die Handlungsweise des entscheidenden Richters, nach welcher er entweder in den Fällen vorhandener, aber zweifelhafter Gesetze, oder in Ermangelung positiver Bestimmungen, dort die zweideutigen Gesetze,

---

[136]) Nimmt man Interpretation im weitesten Sinne des Wortes, in welchem es sich nicht allein auf die Auslegung positiver Gesetze, sondern auch auf die Auslegung anderer Rechtsquellen, namentlich des Gewohnheitrechts, des Gerichtsbrauchs und vorzüglich des römischen Rechts erstreckt; so könnte es scheinen, als ob die Zusammenstellung der Aequitas mit der interpretatio erschöpfend sey. Allein die höhere Beziehung ihres Begriffs, die aus den älteren und neueren Quellen, die ich oben angeführt habe, allenthalben deutlich hervorleuchtet, überzeugt von der Nothwendigkeit, ihr die Stellung zum jus im Allgemeinen, die sie behauptet, nicht zu schmälern.

hier die allgemeinen Rechtsgrundsätze nicht anders, als in möglichster Uebereinstimmung mit allen, jeden einzelnen Fall begleitenden Umständen und Verhältnissen zur Anwendung bringt, mithin die ersteren nicht anders, als mit steter Rücksicht darauf interpretirt; dagegen 2) im objectiven Sinne: als die Gesammtheit der Rechtsnormen, welche, wo die Unbestimmtheit positiver Gesetze verschiedene Auslegungen möglich, oder der Mangel positiver Gesetze die Entscheidung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nöthig macht, unter sorgfältigem Abwägen zwischen den gegebenen Thatsachen und den abgeleiteten Rechtssätzen, auf dem Wege der Interpretation, der Analogie und der allgemeinen Abstraction gefunden und practisch zur Anwendung gebracht werden.

V.

„Es ist ein Uebel, sagt Tevenar[137]), wenn die Gesetze einer Erklärung bedürfen." Der gelehrte Mann hat

[137]) In s. Versuch über die Rechtsgelahrtheit, Abschn. 3. S. 537. nach dem Zeugnisse Glück's, a. a. O. Thl. 1 S. 207. — Wenn neue Gesetze bald nach ihrem Erscheinen einer Erklärung bedürfen, was oft vorkommt, so ist dieß allerdings ein Uebel, das vielleicht in constitutionellen Staaten auf dem Wege der ständischen Berathung über die Gesetze zum Theil künftig mehr und mehr vermieden werden wird. Wenn aber die leges des Corpus juris, die vor mehr als tausend Jahren ausgesprochen wurden, jetzt einer Auslegung bedürfen, die oft schwierig genug ist, so liegt dieses Uebel denn doch offenbar darin, daß wir nicht geistige Kraft genug besaßen, uns selbstständige, aus unseren Verhältnissen hervorgerufene und ihnen angemessene Gesetze zu geben und daß wir daher nothgedrungen zu den alten leges unsere Zuflucht nehmen mußten. Ich will damit dem Werthe des römischen Rechts, den ich sehr hoch anschlage, nicht zu nahe treten; allein es ist etwas ganz anderes, ob man das römische Recht als ein Gesetzbuch, oder ob man es als eine Sammlung rechtlicher Entscheidungen und

vollkommen recht; allein, wir müssen die Gesetzgebung nehmen, wie sie ist, nicht, wie sie idealisch seyn sollte: und in dieser Beziehung glaube ich Tevenar's Bemerkung das hinzufügen zu müssen, daß es eine der ersten Lehren der Weltklugheit sey, von zwei Uebeln das kleinere zu wählen. Zugeben wird aber jeder practische Rechtsgelehrte, daß es ein weit größeres Uebel sey, die unverkennbare Unvollkommenheit unserer Civilgesetzgebung und unseres theoretischen und practischen Rechtszustandes verleugnen zu wollen und dadurch, in Selbsttäuschung verloren, uns gewaltsam die Mittel zur Besserung abzuschneiden, anstatt, unter offenem Bekenntniß unserer Schwäche, dahin zu streben, diese Mangelhaftigkeiten durch eine vernünftige Auslegung der Gesetze, und, wo diese fehlen, durch eine sachgemäße Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze, weniger fühlbar zu machen und auf diese Weise der Theorie durch die Praxis nachzuhelfen. Ich halte es für einen der schädlichsten Fehler vieler Theoretiker und vielleicht selbst mancher Practiker, wenn sie es den positiven Gesetzen schuldig zu seyn glauben, diesen und sich selbst das ungegründete Ansehen zu geben, als habe unsere Civilgesetzgebung einen Grad von Vollkommenheit erreicht, der ihr doch wahrhaftig noch gar sehr fehlt; und als könne alles nach positiven Gesetzen entschieden werden, während diese uns doch täglich in den meisten Fällen im Stiche lassen [138]). Daß die vorhandenen positiven Gesetze aufrecht erhalten werden müssen, versteht sich von selbst, aber da mit positivem Rechte

---

der Ansichten practischer Juristen betrachtet. Und in dieser Hinsicht halte ich die Sammlung, die uns durch Justinian erhalten worden ist, nur für eine auctoritas prudentium, wofür, wie ich unten zeigen werde, die Reception des römischen Rechts in Deutschland deutlich spricht. — Ein Beispiel eines Gesetzes, das nach seinem Erscheinen einer Erklärung bedurfte, liefert das sächsische Mandat vom 31. Januar 1829, die Intestaterbfolge betreffend. §. 96. S. meine Anleitung zur Kenntniß der gesetzlichen Erbfolge ꝛc. Dresden 1829. §. 38. u. f. S. 42. u. f.

138) S. Weber a. a. O. S. 119 u. f.

zu prahlen, wo es doch keines giebt, ist höchst verderblich für die Praxis und erzeugt oft ein Subtilisiren mit mehr oder weniger analogen positiven Bestimmungen, bei dem weder die streitenden Partheien, noch die Rechtswissenschaft gewinnt, und wozu Paulus [139]) sagen würde: quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias, und Julianus [140]): in his quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris. Sehr treffend ist in dieser Beziehung, was Burchardi [141]) bei Entwickelung des Begriffes der römischen Aequitas sagt: „Jede positive Regel trägt unvermeidlich den Fehler in sich, daß sie in der einzelnen Anwendung zuweilen drückend wird, auch ihrem Zwecke nicht entspricht, und dieß um so mehr, je einfacher sie ist, weil sie dann auch nur um so gewaltsamer den Knoten zerhaut, den sie lösen sollte" Und wenn Weber [142]) sagt: „Menschen bleiben übrigens alle Richter, sie mögen das Naturrecht oder positive Gesetze anwenden. Und sind denn die Vorschriften der letzteren immer von allen Seiten völlig bestimmt und ausgemacht? oder giebt es bei Erklärung derselben nicht eben so viele Streitigkeiten? Eben daher, daß man uns immer und ohne Ausnahme auf Civilgesetze, deren Analogie und Gründe verweiset, kommen viele unrichtige Lehrsätze in's System, und

139) L. 141. D. de reg. jur.

140) L. 15. D. de legibus.

141) A. a. O. Einl. S. 1.

142) A a. O. S. 122. In gleicher Rücksicht sagt er S. 125: „Gewiß würden bessere Richter und Advokaten gezogen werden, wenn der Unterricht und Vortrag des bürgerlichen Rechts mit den Grundsätzen des Vernunftrechts in beständiger Verbindung erhalten, überall das Verhältniß der Civilgesetze zu demselben dargestellt, und der angehende Rechtsbeflissene belehrt würde, sein Naturrecht nicht bloß als Hülfswissenschaft und allgemeine Vorbereitung vielleicht gleichgültig zu betrachten, sondern als den edelsten und wichtigsten Theil seines Wissens, und als die lautersten Quellen, woraus er künftig zu schöpfen hatte." — Dieser treffliche Vorschlag Weber's scheint ohne Wirkung verklungen zu seyn!

offenbare Ungerechtigkeiten in Anwendung, die man vermeiden könnte, wenn man die Natur der Sache und Vernunftgründe nicht außer Acht lassen wollte." Wer vermag es zu leugnen, daß unsere Civilgesetzgebung gar oft gegen die einfache Lehre des Celsus [143]): ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur. Nam ad ea potius aptari debet jus, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt, in's Leben gerufen ward und dann auf einer Casuistik beruhte, die mit der der römischen Juristen darum in keinen Vergleich zu stellen ist, weil es uns an deren Unbefangenheit fehlt und sie durch Individualisiren gut machten, was wir durch Generalisiren verderben. Sehr wahr sagt Glück [144]): „Da die meisten unserer Gesetze für ganz andere Zeiten, Sitten und Umstände gegeben sind, so müssen wir sie, sollen sie zur Richtschnur dienen, durch eine vernünftige Auslegung auch noch für unsere Zeiten anwendbar zu machen suchen;" aber, setze ich hinzu, auch kein Bedenken tragen, sie zu verwerfen, wenn wir finden, daß ein solcher Versuch ohne unnatürlichen Zwang nicht ausführbar, sondern mit der Natur der Sache unvereinbar ist. Wie namentlich auch über den jetzigen Zustand unseres vaterländischen Civilrechts die Ansichten sich gestalten, ist bekannt und ich will nur Einiges anführen, was in neuester Zeit darüber öffentlich ausgesprochen worden ist. „Unser Civilrecht," äußerte vor kurzem ein Abgeordneter der sächsischen Ständeversammlung [145]), „ist eine Zusammensetzung von altem und neuem römischen, römisch-griechischen, canonischen, altem und neuem deutschen, altem

[143]) L. 4. und 5. D. de legibus.

[144]) A. a. O. Thl. 1. §. 30. S. 208.

[145]) Richter aus Lengenfeld in der Sitzung der 2ten Kammer, am 31. December 1833. S. außerordentliche Beilage der Leipz. Zeitung, Nro. 259. — Man vergl. auch, wie früher der Abgeordnete Eisenstuck in dieser Beziehung sich aussprach; in Krause's Landtagblatt v. 1833. Nro. 19. (5te Sitzung der zweiten Kammer).

und neuem sächsischen Rechte und den Meinungen vieler Rechtslehrer. Die Aussprüche der Gesetze sind oft dunkel, verworren, widersprechend, selbst den gelehrten Forschern unverständlich, die Meinungen der Rechtslehrer oft von einander abweichend. Kein Wunder, daß wir sehr oft Entscheidungen vor uns sehen, die ganz verschiedene Richtungen annehmen." In noch treffenderer Weise hat ganz neuerlich Kritz [146]) darüber sich ausgesprochen, indem er sagt: „Die ganz eigenthümliche Zusammensetzung desjenigen, was wir unser Civilrecht nennen, bringt es mit sich, daß die Entscheidung streitiger Rechtsfragen zum großen Theile nur auf einer sogenannten Praxis beruhen kann, und also nicht auf Gesetzen, sondern auf der vorherrschenden, bald mehr, bald weniger begründeten Ueberzeugung, daß irgend ein Rechtssatz in der Gesetzgebung ausgesprochen oder doch so gut als darin ausgesprochen zu betrachten sey [147])." An einem anderen Orte, wo derselbe Verfasser [148]) die Einfachheit der Ansichten der römischen Juristen mit unseren heutigen complicirten Theorien (namentlich der Theorie der Culpa) vergleicht, bemerkte er: „daß in allen zahlreichen Fragmenten, wo die römischen Juristen über Culpa sprechen, sie davon mit einer Unbefangenheit reden, wie nur bei einem Gegenstande wohl geschieht, der zu einfach und unbestreitbar ist, als daß man sich einer Schwierigkeit dabei bewußt werden könnte. Man vergleiche damit die Theorieen der Neueren, die Distinctionen und Limitationen, mit denen sie die zahlreichen Fragmente unter allgemeine Grundsätze zu vereinigen suchen. Alle diese Theorien sind so höchst complicirt, daß der spitzfindigste Scharfsinn dazu gehört, um sie haltbarer darzustellen."

---

[146]) In s. Sammlung von Rechtsfällen und Entscheidungen derselben u. s. w. 1r. Band. Leipzig 1833. 8. Vorrede, S. I.

[147]) Diese sogenannte Praxis und die Ueberzeugung, auf welcher die Anwendung allgemeiner Rechtssätze beruht, ist zusammengenommen nichts anderes, als das, was die Römer so bezeichnend aequitas nannten.

[148]) Kritz, die Culpa nach römischen Recht. Einleit. S. 5.

Auch gehört hierher, was jüngst Kori [149]) über die Stabilität der Principien in den höheren Spruchcollegien mit so viel practischem Blick gesagt hat und was der Abgeordnete Eisenstuck [150]) in der 179sten Sitzung der zweiten Kammer so bezeichnend äußerte: „Der Urtheilsprecher hat nach den Gesetzen zu sprechen, und wo ihm das Gesetz keine Auskunft giebt, nach seiner Ueberzeugung." Hier werfe man nicht ein, daß auf diese Weise die Entscheidung zu sehr in die Hand des Einzelrichters oder der Mitglieder der Spruchbehörden gelegt werde, die alle Menschen sind und irren können [151]). Die Gesetzgeber sind denn doch auch nur Menschen und wo würde das hinauslaufen, wenn wir der irrigen Täuschung huldigen wollten, als seyen Gesetze, von Menschen gegeben, etwas vollkommeneres, als die Ansichten

---

[149]) In der Vorrede zum 3ten Bande der Erörterung practischer Rechtsfragen rc. S. III u. f. — Seite VII insbesondere sagt er: Je länger eine Spruchbehörde bestanden hat, desto größer ist die Masse solcher Präjudicien, desto weniger läßt sich aber auch auf Festhaltung derselben, wenn sie nicht gesammelt und den neu eintretenden Mitgliedern zu stetem Gebrauch mitgetheilt werden, rechnen. Noch schwieriger ist die Gleichförmigkeit der Entscheidungen in solchen Spruchcollegien festzuhalten, welche in mehreren Abtheilungen unter verschiedenen Directoren Erkenntnisse über dieselbe Branche von Rechtssachen abfassen.

[150]) S. außerordentliche Beilage der Leipz. Zeitung, Nro. 270. S. 2540.

[151]) Ich kann überhaupt der Ansicht derer nicht beipflichten, welche mit ängstlicher Besorgniß wähnen, als werde, wenn man zugeben müsse, daß Vieles von dem eigenen Urtheil und der Ueberzeugung des Richters abhängig gemacht werden müsse, der Willkür zu viel Spielraum gelassen. Die meiste Willkür finden wir überhaupt im Felde der Verwaltung, nicht in dem der Justiz, zumal die Civilrechtspflege überall auf Gründe gebaut werden muß, während wir in dem Fache der Administration manchmal auf ein stat pro ratione voluntas stoßen. Jenes Bedenken ist daher ein ganz unpractisches, sobald von Justizpflege die Rede ist und es scheint daher von denen auszugehen, die der möglichsten Unabhängigkeit des Richteramtes mehr abhold, als geneigt sind.

der Menschen selbst? Ich sehe darin nur eine verderbliche Sophistik, die, selbst wenn man damit eine Befestigung der Auctorität der Gesetze zu begründen vermeint, nicht gerechtfertigt werden kann, weil sie practisch mehr schadet, als nützt, und dem bekannten Satze, daß der Zweck die Mittel nicht heilige, zuwiderläuft. Ich frage dabei, ob in einem Civilprozeß über einen Gegenstand, der zu subliten Rechtsfragen Anlaß giebt, in welchem mehrere Urthel einer oder mehrerer Spruchbehörden mit den gelehrtesten Entscheidungsgründen die entgegengesetztesten Ansichten aufgestellt haben, wobei die etwa einschlagenden Gesetze und allgemeinen Rechtsgrundsätze in Beziehung auf die Natur und die Verhältnisse der vorliegenden Thatsachen so schwankend sind, daß selbst der Unbefangendste und Talentvollste nicht mit sich einig zu werden vermag [152]), welche Ansicht er für die zweckmäßigste, für die gerechteste halten solle; — ich frage, ob da nicht die Aequitas im ächten Sinne der Römer es ist, welche einzig und allein als eine zuverlässige Führerin des entscheidenden Richters durch das Labyrinth theoretischer Zweifel eintritt und dann das Moment wird, auf welchem allein eine zeit- und sachgemäße, nicht an dem todten Buchstaben, oft veralteter, Gesetze klebende Justizpflege beruhet?

Hier komme ich nochmals darauf zurück, daß, wie ich schon oben andeutete, das Geschäft des practischen, nament-

---

[152]) Interessant ist in dieser Beziehung, was der Abgeordnete Eisenstuck in der 2ten Kammer am 15. Januar 1834. (S. außerordentl Beilage der Leipz. Zeitung, Nro. 271. S. 2554.) mittheilte: „er gebe zu erwägen, daß selbst gewissenhafte Urtheilsverfasser und Männer mit den ausgezeichnetsten Talenten und Kenntnissen und Geschäftserfahrungen gegen ihn sich dahin ausgesprochen hätten, daß sie selbst in der That eine Beruhigung darin fänden, wenn gegen eine von ihnen ausgehende Entscheidung noch ein Rechtsmittel zulässig sey." — Bemerken muß ich dabei, daß hier von der Frage die Rede war: ob in dem Falle, wenn von dem Oberappellationsgerichte zwei frühere, conforme Urthel abgeändert würden, noch eine Leuterung statt finden solle?

lich des entscheidenden Richters bestehe in einem vernunftgemäßen Erwägen zwischen Recht und Thatsache (jus und factum) und daß ohne eine gewissenhafte, unbefangene Beobachtung dieses Verfahrens eine treffende und gerechte Entscheidung nicht denkbar sey. Recht und Thatsache verhalten sich in dieser Beziehung wie Theorie und Praxis. Das eine ohne das andere ist, wo von rechtlicher Entscheidung die Rede seyn soll, nur eine Halbheit, kein Ganzes. Und daher mag es kommen, daß die gelehrtesten Juristen nicht immer die practischesten sind, indem sie, durch Vorliebe für die Theorie und deren Subtilitäten verleitet, leicht über das theoretische Aufsuchen des jus die genügende, practische Erwägung des factum vernachlässigen [153]. Daher Glück [154]) sehr wahr sagt: „man setze die Billigkeit des Richters (die römische Aequitas) vorzüglich in eine vernüftige Erwägung der zu beurtheilenden Thatsachen;" und dabei anführt, daß alle Rechtslehrer darin übereinkommen, daß das strenge Recht in einer steifen Anhänglichkeit an die Theorie, die Billigkeit (aequitas) aber in einem vernünftigen Ermessen der Folgen bestehe, welche die Anwendung desselben auf das Wohl des Staates und der einzelnen Mitglieder desselben haben kann [155]). Diese Be-

[153]) Auf eine interessante Weise hat Möser, in s. patriotischen Phantasien, Thl. 1. S. 338 historisch und practisch die Frage beantwortet: ob zu Urtheilsprechern in Criminalsachen gelehrte Leute genommen werden sollen? Er verneint diese Frage und bestätigt dadurch obige, manchem vielleicht etwas schroff klingende Behauptung. Was die Criminalsachen anlangt, so hat die Ansicht Möser's heutzutage in den Geschwornengerichten ihre Bestätigung gefunden.

[154]) A. a. O. Thl. 1. S. 196. — Daß Glück für den Begriff der römischen Aequitas das deutsche „Billigkeit" beibehalten hat, habe ich schon oben bemerkt.

[155]) Wenn man oft die Behauptung hört, daß das Princip der Zweckmäßigkeit in der Civilgesetzgebung nicht befolgt werden dürfe, so kann ich damit mich nicht einverstanden erklären. Etwas anderes ist es freilich, wenn der Zweckmäßigkeit wegen von positiven Gesetzen abgewichen werden soll, weil dann die Idee der Zweckmäßigkeit mit der der moralischen

trachtungen führen auf das interessante, für die Rechtspflege so höchst wichtige Verhältniß zwischen Theorie und Praxis, das oft durch irrige Vorstellungen von der Sache zu einem Mißverhältniß ward [156]) und im Ganzen viel zu wenig gewürdigt worden ist. Daß Theorie ohne Praxis ein todtes Wesen sey, welches durch letztere erst Leben erhält, darin stimmen alle Rechtslehrer überein, die dieß Verhältniß berühren, und selbst die strengsten Theoretiker können dieß nicht verneinen, da, daß die Rechtswissenschaft eine practische Wissenschaft sey, allgemein anerkannt ist [157]). Eine höchst anziehende Beobachtung ist in diesem Zusammenhange die,

---

Billigkeit zusammenfließt. Wo aber die Idee der Zweckmäßigkeit als aequitas im Sinne der Römer erscheint, da bildet sie offenbar ein sehr beachtungswerthes Prinzip.

[156]) Justus Claproth's Vorrede von dem Verhältniß der Theorie und der Ausübung der Rechtsgelehrsamkeit, vor dessen Grundsätzen von Verfertigung der Relationen ꝛc. 2te Auflage. Götting. 1766. — Glück, a. a. O. Thl. 1. §. 27. S. 201. — Kind, über die Bildung juristischer Staatsdiener ꝛc. Leipzig 1818. 8. §. VIII. S. 58.

[157]) Vergl. Roßhirt, a. a. O. S. 101. wo er sagt: daß die deutsche Praxis von einer selbst nicht in der Praxis stehenden Theorie vielfach abhängig, und der Stand der Juristen auf eine unerfreuliche Weise in Theoretiker und Practiker auseinandergerissen sey, so daß hauptsächlich bei dem einen Theile das Streben nach geschriebenen und festpunktirten Gesetzen entstehe, die aber ohne englischen und französischen Tact ein todter Körper bleiben würden. — Ueber Theorie und Praxis spricht Kritz, a. a. O. Einl. S. 11 sich dahin aus: „Die römische Jurisprudenz bildete sich fast einzig und allein aus der Casuistik, und sie gewann ihre allgemeinen Resultate nur durch die Mehrfachheit ihrer einzelnen, concreten Entscheidungen. Die Praxis ging der Theorie voraus, statt daß wir mehr und mehr jene auf diese fundiren und, wie die Lage der Sachen ist, fundiren müssen. Das Allgemeine war bei ihnen das Rechte, weil es sich schon im voraus an dem Leben erprobt hatte. Unsere Theorien erwarten aber immer erst ihre Rechtfertigungen noch durch die Praxis, welche häufig mangelhaft genug ausfallen, wie es Versuche einheimischer Gesetzgebungen bewiesen haben.“

daß das Verhältniß zwischen Theorie und Praxis und zwischen jus und factum wesentlich verschieden in seinem Einfluß auf die Praxis sich gestalte, je nachdem wir aus dem Gesichtspunkte des Richters, oder aus dem des Sachwalters (des practischen Juristen im engern Sinne) es betrachten [158]. Wenn jüngst in der zweiten Kammer der sächsischen Ständeversammlung der Unterschied zwischen dem Staate und dem Privatmanne in Hinsicht der Feststellung und Einrichtung seiner Einnahmen und Ausgaben hervorgehoben und die wesentliche Verschiedenheit, die aus dem umgekehrten Verhältnisse hervorgeht, in dem beide stehen, dargelegt ward [159], so glaube ich, daß das verschiedene Verhältniß des Richters und Sachwalters, in welches beide in der Praxis zu den Begriffen von jus und factum treten, gleichsam bildlich, nicht treffender dargestellt werden kann, als mit Bezugnahme auf jenes Beispiel und in Vergleichung mit demselben. So wie nämlich der Staat zuerst seine Ausgaben berechnet und darnach seine Einnahmen abwägt und aufbringt, während der Privatmann (der kluge, versteht sich) erst seine Einnahme erwägt und darnach seine Ausgaben berechnet und einrichtet; so verfahren der Richter und Sachwalter im entgegengesetzten Verhältniß beim Erkennen und Abwägen des jus und factum. Der Richter muß zuerst das zur Entscheidung vorliegende factum und alle dasselbe begleitende Umstände so genau auffassen, daß kein Zweifel übrig bleibt; dann aber zu Aufstellung und Anwendung der principia juris übergehen und sie den gefundenen Thatsachen an-

---

158) Ich kann nicht umhin, hier auf die Worte Cicero's, de Orat. I. 48 hinzuweisen, in denen er uns seine Ansicht von einem guten Juristen mittheilt: Si quaereretur, quinam juris consultus vere nominaretur; eum dicerem, qui legum et consuetudinis ejus, qua privati in civitate uterentur, et ad respondendum, et ad agendum et ad cavendum peritus esset.

159) Dieser Unterschied ward auf eine sehr scharfsinnige Weise in einer Sitzung der zweiten Kammer bezeichnet.

passen. Der Sachwalter aber, im Interesse der Parthei, erwägt zuerst das jus, d. h. die entstehenden Rechtsfragen und die einschlagenden Rechtsverhältnisse, und paßt dann die Thatsachen, die den Rechtsfall bilden, dem jus so an, wie es am zweckmäßigsten erscheint. Es ist das Ergebniß dieser Beobachtung keine Subtilität, sondern practisch weit wichtiger, als es auf den ersten Blick vielleicht sich darstellt. Es lehrt namentlich auf eine überzeugende Weise den wahren Grund erkennen, welcher der verschiedenen Richtung unterliegt, die Richter und Sachwalter im Verhältniß zu den Partheien und den Rechtssachen nehmen und zeigt, daß beide in einer gewissen Opposition zu einander stehen und nothwendig stehen müssen, durch die eine stete Controle herbeigeführt wird, welche von der größten Wichtigkeit ist, und bei welcher die Rechtspflege und die Partheien gewinnen, sofern die erstere dadurch in einem Streben nach Vollkommenheit und also in unablässiger Thätigkeit erhalten wird.

Alle diese aus der Natur der Verhältnisse der menschlichen Gesellschaft im Staatsverbande hervorgehenden Rücksichten erhalten einen weit höheren Grad von Wichtigkeit dadurch, daß in den meisten civilrechtlichen Fällen es an positiven Bestimmungen fehlt und dann die vermittelnde Rechtsnorm der Aequitas nm so gewisser alle Willkür entfernt hält, da sie nicht anders, als unter angemessener Controle, auf dem Wege des vielseitigen Erwägens, zu der festen Stellung einer Rechtsnorm gelangen kann, die dann, so viel möglich, als aequum jus die segensreichsten Früchte für die Praxis trägt. Erwägen wir dabei noch, daß alle unsere Entscheidungsquellen auf drei Classen sich reduciren lassen, nämlich auf a) positive Civilgesetze, b) den Gerichtsbrauch, bestehend in den Meinungen der Spruchcollegien und der Rechtslehrer; und c) das subsidiarisch zur Anwendung kommende römische Recht; so ist nicht zu leugnen, daß der Zustand unseres Civilrechts (das nicht ohne Witz in einem öffentlichen Blatte ein Zuviel=Recht genannt ward) in keinem besonders günstigen Lichte erscheint, wenn zugegeben werden muß, daß in

allen den Provinzen Deutschlands, welche noch kein eigenes Civilgesetzbuch haben, sondern wo noch das sogenannte gemeine Recht in Anwendung kommt, es eine unübersehbare Masse von Rechtsquellen giebt, weil jede Dissertation, jeder Commentar, jedes System, jede civilrechtliche Abhandlung über eine einzelne Materie, ja über eine einzelne Rechtsfrage, wie solche seit dem Gebrauche des römischen Rechts in Deutschland geschrieben worden und erschienen sind, gleichen Anspruch auf den Namen einer Quelle der Entscheidungen nach gemeinem Recht haben und, wie die Erfahrung lehrt, auch wirklich als Auctorität angeführt zu werden pflegen, namentlich selbst in den Entscheidungsgründen der Spruchbehörden einen Platz finden. Es ist daher eine dermalen kaum zu beantwortende Frage: was z. B. in Sachsen geltendes Civilrecht sey? Weder das verdienstvolle Handbuch von Curtius, mit seinen neuerlich erschienenen und fortgesetzten Excursen und Zusätzen, noch irgend etwas anderes kann darauf eine genügende Antwort geben. Es kann diese Darstellung der schlimmen Lage des Civilrechtszustandes in den meisten Ländern Deutschlands noch weiter getrieben werden, wenn behauptet wird, daß das Urtheil eines Spruchcollegiums oder eines Einzelrichters, in welchem eine Reihe alter Commentatoren, seltener Dissertationen u. s. w. angeführt werden, für den in der Sache arbeitenden Sachwalter, wie viel mehr aber für die Parthei, ein referens absque relato sey, da nur allenfalls die Juristen in größeren Städten, wo ansehnliche Bibliotheken vorhanden sind, sich in den Stand gesetzt sehen, in jedem Falle zur Einsicht und Prüfung dieser Quellen des vaterländischen Rechts zu gelangen. Der Fehler liegt aber denn doch vornehmlich darin, daß mit dem Citiren älterer oder neuerer, seltener Auctoritäten manchmal ein Mißbrauch getrieben wird, während im Grunde die Spruchbehörden oder die Einzelrichter, welche gelehrte Entscheidungsgründe geben, mit solchen Citaten nichts anderes sagen wollen, als daß sie in dem gegebenen Falle der Ansicht huldigen, welche bereits von diesem oder jenem, älteren oder neueren Schriftsteller angenommen

worden ist. Ist die Ansicht gut, consequent und klar, so kann es aber der Parthei ziemlich gleichgültig seyn, ob schon ein Accursius, Voet, Carpzov, Leyser, Westenberg, oder wer es sonst sey, derselben Meinung gewesen ist. Von einer anderen Seite ist aber auch nicht zu leugnen, daß die bezeichnete Ansicht von unserem Rechtszustande, die ich deßhalb auch in diesem Umfange keinesweges zu der meinigen machen will, zu schroff ist, vielmehr die Sache in der Wirklichkeit weit milder sich gestaltet und daher die ihr oft so bitter gemachten Vorwürfe nicht in vollem Maaße verdient. Und dieß vornehmlich dann, wenn man von dem Gesichtspunkte ausgeht, daß das Anführen von Auctoritäten in den Entscheidungsgründen einen doppelten Vortheil gewährt, indem es einmal die wissenschaftliche Behandlung der Praxis befördert; dann aber darin auch eine Rechtfertigung und Beruhigung für den entscheidenden Richter selbst liegt. Diesem muß, den Partheien gegenüber, allerdings daran gelegen seyn, dem, wenn auch ungegründeten Vorwurfe zu entgehen, als habe er ganz ausschließlich nach individueller Ansicht und Meinung entschieden; wobei von der Idee ausgegangen werden muß, daß das, was zu allen Zeiten von den Rechtslehrern als recht und zweckmäßig betrachtet worden ist, diese Vermuthung auch noch so lange für sich habe, als das Gegentheil nicht überzeugend dargethan worden ist. Dabei darf man freilich auch nicht vergessen, wie lange sich oft die ungereimtesten Rechtssätze älterer Juristen in der Praxis erhalten haben, während sie bei nur einiger Beleuchtung geradezu als irrational sich darstellen [160]).

---

[160]) Welche große Anzahl wirklich practischer, fast täglich vorkommender Rechtfragen hierher gehören, ist eine bekannte Sache. Ich will nur beispielweise an die Ansichten Berger's über die Schenkungen der Ehegatten im Concurs der Gläubiger erinnern. S. Haubold, Lehrbuch des sächs. Privatrechts, 2te Ausgabe von Günther, §. 68. not. 2. S. 63. Ueberhaupt ist nicht zu verkennen, daß Ansichten älterer Juristen oft mehr durch das jurare in verba magistri aus einem Lehrbuche in

Diese Betrachtungen führen demnächst auf die interessante Frage: ob dem Inhalte der römischen Rechtsbücher, so weit deren subsidiarische Anwendung überhaupt historisch keinem Zweifel unterliegt, Gesetzeskraft, oder vielmehr nur das Ansehen jeder anderen rechtswissenschaftlichen Auctorität beizulegen sey?[161]). Der Gegenstand dieser Frage ist von nicht geringer practischer Wichtigkeit und ich bekenne, daß ich mich nie habe davon überzeugen können, daß dem in **subsidium** zur Anwendung kommenden römischen Rechte gesetzliche Kraft im Sinne des heutigen Begriffs von Gesetz beigelegt werden könne, indem demselben die Eigenschaft von Gesetzen keinesweges zugestanden werden kann. Was Deutschland überhaupt betrifft, so hat schon Runde[162])

---

das andere fortgepflanzt werden, als ihre Auctorität wirklicher Angemessenheit zu verdanken haben, während die Neigung zu einer gewissen Stabilität, die in mancher Beziehung auch allerdings nicht zu tadeln ist, nachher ihr Ansehen aufrecht erhielt, wenn auch vielleicht die entgegengesetzte Meinung rationeller zu seyn schien. Es würde nicht schwer halten, eine Menge Beispiele zur Bestätigung dieser Behauptung anzuführen.

[161]) Wenn z. B. Kori, a. a. O. Vorrede, S. IV und VII und Kritz, a. a. O. Thl. 1. an mehreren Stellen für die einzelnen Allegate den Ausdruck Gesetze brauchen, so scheint dieß mir nicht streng richtig und eine Gewohnheit zu seyn, zu der das lateinische lex, das davon gebraucht wird, die Veranlassung gegeben hat. Daher haben auch neuerlich viele Schriftsteller, was die Allegate aus den Pandekten anlangt, den Ausdruck fragmentum vorgezogen.

[162]) S. dessen Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. 5te Auflage. Götting. 1817. §. 24. u. f. S. 23 u. f. Im §. 26. sagt er: „der zunehmende Gebrauch dieses, unserer Verfassung und Sitten nicht angemessenen in fremder Sprache geschriebenen Rechts preßte deutschen Patrioten die bittersten Klagen dagegen aus, wovon insonderheit das auf dem Reichstage zu Mainz 1441 zu Verbannung desselben aus unseren Gerichten übergebene Project voll ist und seine Beförderer mit den schwärzesten Farben schildert. Das Project wurde bei Seite gelegt und der Gebrauch des fremden Rechts hierdurch zum erstenmal von Kaiser und Reich gewisser Maßen anerkannt. Hierin

auf die überzeugendeste Weise dargethan, daß das römische Recht nie auf eine ausdrückliche und gesetzmäßige Weise wirklich eingeführt und mithin zum wirklichen Gesetzbuche erhoben worden sey. Er sagt §. 25. ausdrücklich: „es sey die Rechtskraft des fremden Gesetzbuches erst erschlichen, dann aber von der gesetzgebenden Gewalt in Deutschland zwar indirect anerkannt worden; jedoch sey nie eine ausdrückliche Aufnahme desselben erfolgt; vielmehr beruhe der subsidiarische Gebrauch desselben bloß auf einer allgemeinen durch Vorurtheile begünstigten Gewohnheit der deutschen Gerichte." Wenn sonach dem Corpus juris das wesentlichste Erforderniß eines Gesetzes, die legale Publication, gänzlich abgesprochen werden muß; so ist auch nicht außer Acht zu lassen, daß eine solche vernünftiger Weise gar nicht geschehen konnte, so lange nicht aus der Justinianischen Compilation das Brauchbare von dem gänzlich Unanwendbaren geschieden wurde. Auch der lange Kampf der Günstlinge und der Gegner des römischen Rechts, der bis weit in das 15te Jahrhundert hinein fortdauerte, giebt Gründe genug an die Hand, welche uns überzeugen müssen, daß die per usum et abusum nach und nach erfolgte Aufnahme des römischen Rechts, als einer subsidiarischen Rechtsquelle, durchaus ein Anerkenntniß desselben als Gesetz nicht in sich begreift. So wie in Deutschland überhaupt, so ist auch und noch unzweifelhafter in Sachsen nie die Reception des römischen Rechts ausdrücklich und gesetzlich ausgesprochen worden, sondern der Gebrauch desselben, als einer subsidiarischen Rechtsquelle, beruht ebenfalls auf Gewohnheit, indem dasselbe erst auf den Akademien gelehrt und dann in foro practisch angewendet und so nach und nach stillschweigend ihm unter dem Namen des gemeinen Rechts eine gewisse, wiewohl stets nur subsidiarische

---

vermag ich eine Anerkennung des römischen Rechts als Gesetz so wenig zu erkennen, als überhaupt zu einer solchen Vermuthung Grund vorhanden ist. — S. Glück, Einleitung in das Studium des römischen Privatrechts. Erlang. 1812. §. 56. S. 211 u. f.

Auctorität in foro eingeräumt ward. Wenn Haubold [163]) bemerkt, daß die Einführung des römischen Rechts vornehmlich zur Aufzeichnung der deutschen Rechtsbücher die Veranlassung gegeben, so überzeugt dieß uns nur, daß die Gegner des fremden Rechts diese Maaßregel ergriffen, um das nationelle Recht nicht durch den Einfluß des fremden ganz untergehen zu lassen; keinesweges aber ist es ein Grund, anzunehmen, daß eine ausdrückliche Aufnahme des römischen Rechts je stattgefunden habe, die auch wirklich nicht nachgewiesen werden kann. Die Glosse zum Sachsenspiegel (in der Ausgabe von Zobel, Leipzig 1582.) giebt vielfältige Hinweisungen auf das römische Recht. Die Constitutionen vom Jahre 1572, namentlich die constitutiones ineditae [164]), sowohl die älteren und neueren Decisionen enthalten hie und da Beziehungen auf die Justinianischen Rechtsbücher; aber bemerkenswerth ist es, daß in den die Publication dieser Gesetze betreffenden Mandaten, wo dazu offenbar Veranlassung vorhanden war, auch nicht mit einem Worte des gemeinen Rechts und dessen Gebrauchs Erwähnung geschehen ist. Erst in der Appellationsgerichtsordnung vom Jahre 1605 [165]) geschieht der gemeinen Rechte zwar ausdrücklich, jedoch keinesweges in einer Maaße Erwähnung, durch welche das Justinianische Recht in der Eigenschaft als Gesetz anerkannt würde. Es wird nämlich das Appellationsgericht darin darauf angewiesen, nächst der Beobachtung der Landesgesetze nach gemeinen, beschriebenen Rechten zu urtheilen und zu erkennen. Auch das Mandat, die Publication der älteren Prozeßordnung betreffend, vom 28. Juli 1622 thut der gemeinen Rechte in ähnlicher Weise Erwähnung [166]). Ich glaube nicht, das es einer weiteren

[163]) S. dessen Lehrbuch des sächsischen Privatrechts, 2te Ausgabe §. 9. S. 8. und §. 39. S. 32.

[164]) S. Haubold's Handbuch einiger der wichtigsteu sächsischen Gesetze. Leipzig 1800 8.

[165]) Im Cod. August. Thl. 1. S. 1235.

[166]) In ähnlicher Maaße, aber auch nur so ganz im Allgemeinen

Bemerkung bedarf, um aus dem eben Dargestellten die Ueberzeugung abzuleiten, daß es durchaus an einem zureichenden Grunde fehle, anzunehmen, als sey dem römischen Rechte in Deutschland überhaupt und in Sachsen insbesondere, je mehr, als die Kraft und Anwendung einer rechtswissenschaftlichen und gerichtsbräuchlichen Auctorität, und namentlich die Kraft eines wirklich subsidiarischen Gesetzes zugestanden worden; und daß es daher nur einer irrigen Richtung des Sprachgebrauchs zuzuschreiben sey, wenn wir von den einzelnen Stellen des Corpus juris des Ausdruckes „Gesetze" uns abusiv bedienen.

Aber auch ganz abgesehen davon und angenommen, daß es practisch gleichgültig seyn könne, ob wir die römischen Rechtsbücher als subsidiarische Gesetze oder als eine auctoritas prudentium anwenden, läßt sich nicht verkennen, daß unsere Praxis und in ihr vornehmlich die entscheidenden Richter, die hierin oft mehr den Theoretikern sich anschließen, zum Theil der Vorwurf trifft, in der Anwendung des römischen Rechts nicht selten allzu pedantisch zu verfahren. Wir können uns nicht oft genug daran erinnern, daß das römische Recht, wie es auf uns gekommen ist, zusammengesetzt ward aus den Ansichten und Entscheidungen der römischen Juristen über einzelne Fälle, in welchen sie jene Ansichten und Entscheidungen meist aus sich selbst schöpften. Ihre Quelle war also hauptsächlich das natürliche Gefühl für Recht, naturalis ratio und aequitas. Sie individualisirten und wir versündigen uns um so gewisser an ihrem Geiste, wenn wir ihren Aussprüchen oft eine Ausdehnung geben, an die sie selbst nicht gedacht haben; und sie auf Fälle anwenden, oft mit dem widernatürlichsten Zwange anwenden, welche sie zuversichtlich in der Eigenthümlichkeit jedes einzelnen Falles aufgefaßt und dann anders, wenn auch mehr oder weniger ähnlich entschieden haben würden. Der Geist der Pandecten spricht laut

haben später mehrere Gesetze, neuerlich das Mandat vom 31. Januar 1829 die Erbfolge betreffend, §. 65. Beziehung auf das gemeine Recht genommen.

dafür [167]). Unmöglich aber ist es, auf den Weg zu kommen, der uns den wahren Geist des römischen Rechts aufsuchen, klar erkennen und ächt practisch benutzen lehrt, so lange wir nicht gleichzeitig eine vollkommene Ueberzeugung von der Existenz und dem großen Einfluß der römischen Aequitas auf Theorie und Praxis erlangen und von dem Gefühl der Nothwendigkeit durchdrungen sind, ihr die gebührende Stellung in der Theorie des Civilrechts und hohe, practische Wichtigkeit zuzugestehen.

Wenn ich früher bemerkte, daß die Aequitas in diesem Sinne der Römer eine unentbehrliche Führerin des entscheidenden Richters sey durch das Chaos der ungeordneten Masse der bisherigen, oft schwankenden Rechtsquellen, so könnte man vielleicht einwenden wollen, daß wenn, wie namentlich in Sachsen zu erwarten stehe, durch die Einführung eines Civilgesetzbuches die Rechtsquellen sich vereinfachen, sodann die vermittelnde Rechtsnorm der Aequitas an practischer Wirksamkeit verlieren werde. Theoretisch betrachtet, könnte auf den ersten Blick jener Einwand das Ansehen einiger Wahrscheinkichkeit gewinnen. Allein es ist dieß so gewiß eine ideelle Täuschung, als es stets nur Täuschung seyn wird, wenn wir uns der Hoffnung hingeben, daß die positive Gesetzgebung je den Grad von Vollkommenheit erreichen könne, den ich oben durch das Zusammentreffen der Begriffe aequitas und jus zu einem steten und unwandelbaren aequum jus bezeichnet habe. Daß ein solcher Zeitpunkt außer der Sphäre unseres Denkvermögens liege, wird Niemand bezweifeln und es wäre daher um so überflüssiger, von einer Zukunft zu sprechen, die, sie mag mehr oder weniger fern gedacht werden können, doch jedenfalls dem Zeitpunkte noch nicht angehört, in welchem z. B. Sachsen sein Civilgesetzbuch zu erhalten hofft.

---

[167]) M. vergl. Kritz, Sammlung von Rechtsfällen ꝛc. Thl. 1. S. 130. — Es wäre zu wünschen, daß das römische Recht recht oft mit dem Geiste eines Kritz aufgefaßt würde.

Weit entfernt, mich gegen die Codification im Allgemeinen erklären zu wollen, kann ich namentlich die Ansichten eines Savigny [168]) nicht theilen, der von zu großer Vorliebe für die historische Methode geleitet, der Meinung huldigt, als sey unsere Zeit noch nicht reif für die Codification und daher die Jurisprudenz und die Kenntniß des Rechts überhaupt, nur in die Hände des abgesonderten Standes der Rechtsgelehrten niederzulegen. Ich bin in dieser Beziehung vielmehr der Ansicht Gönner's [169]) und derer, die im Sinne des vorgerückten Zeitgeistes der Ueberzeugung leben, daß die Gesetzgebung Allen verständlich, nicht aber ein Geheimniß der Juristen seyn soll, die man darum erst wie ein Orakel zu fragen habe. Daß aber die Schöpfung und Existenz eines noch so vorzüglichen Civilgesetzbuches den Einfluß der römischen Aequitas auf Theorie und Praxis nicht nur nicht ausschließe, sondern nur desto mehr hervorrufen und um so wirksamer machen werde; diese schon in dem Obigen gerechtfertigte Wahrheit will ich nur noch mit einigen Bemerkungen unterstützen.

Läge in der bloßen Existenz eines guten Civilgesetzbuches der Grund zu der Voraussetzung einer möglichst vollkommenen Rechtspflege und eines wesentlich besseren Rechtszustandes überhaupt, so müßten wir, da das österreichische bürgerliche Gesetzbuch, nächst dem Code civil der Franzosen, in dem Rufe der Vorzüglichkeit steht, auch voraussetzen dürfen, daß die österreichische Rechtspflege nicht nur überhaupt vorzüglich gut, sondern namentlich, daß sie besser sey, als z. B. unsere bisherige Rechtspflege in Sachsen. Daß dem nicht so sey, muß jeder zugestehen, der Gelegenheit hatte, von dem Verhältniß beider an sich und zu einander auf practischem Wege sich zu überzeugen. Ja selbst dann thut man unserem Sachsen noch unrecht, wenn man behauptet, daß der Rechts-

---

168) Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung rc. Heidelb. 1814.

169) In s. Schrift: Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit. Erlangen 1815. 8.

zustand im Preußischen, practisch genommen, wirklich so wesentlich besser sey, als der unserige. Und wo dieß im Einzelnen allerdings nicht zu verkennen ist, da liegt der Grund weniger in der Existenz des allgemeinen Landrechts [170]), als in der Existenz und dem Geiste der Gerichtsordnung, deren Instructionsprozeß, so wenig ich mit den gerühmten Vorzügen desselben im Allgemeinen mich einverstehen kann, doch das Verdienst hat, dem *Individualisiren* mehr zu huldigen und so dem Geiste und der Einfachheit der Römer etwas

---

170) Sehr bemerkenswerth ist, was in der *Allgem. jurist. Zeitung*, herausgegeben von *Elvers* und *Bender*, 1r. Jahrgang. Göttingen 1828. Nro. 77. S. 305 u. f. in Beziehung auf Theorie und Praxis und die Sammlung der Rechtssprüche der preußischen Gerichtshöfe gesagt wird: „Was zwei ausgezeichnete preußische Juristen, gewiß in Uebereinstimmung der Mehrzahl der preußischen Juristen, und, wie vorausgesetzt werden darf, des preußischen Justizministerii selbst, über *die Nothwendigkeit einer Praxis neben der bloßen Gesetzgebung* sagen, verdient außerhalb Preußen um so mehr Aufmerksamkeit, als wir übrigen deutschen Juristen hierin eine ganz frische und theuer erkaufte Erfahrung anerkennen müssen, die die preußischen Juristen gleichsam wider ihren Willen und gegen das Princip, wovon ihre Gesetzgebung ausgegangen ist, machen mußten." Dort wird ferner gesagt: „Der Begriff eines nationellen Rechts, als des Ergebnisses der mannigfaltigsten factischen, natürlichen und geschichtlichen Erscheinungen, waltet lange in jedem Volke vor, ehe es ein urkundliches Recht giebt. Das Recht selbst aber tritt in's Leben vorzüglich durch den Streit über dessen Anwendung in einzelnen Fällen. Die Richter sind die Organe, welche dieses ungeschriebene Recht aussprechen. Erweitert sich im Laufe der Zeit der Rechtsbegriff; so mehrt sich die Schwierigkeit, denselben in seinem ganzen Umfange zu fassen und zu verstehen; es zeigt sich das Bedürfniß, die Regeln des Rechts festzustellen, damit der Einzelne sich solche stets vergegenwärtigen könne, um den Streit anderer zu schlichten. Die in Worte gefaßte und dem Volke kundgegebene Rechtsregel ist das Gesetz." Endlich: „die Urthelssprüche sind die Verkündigerinnen des ungeschriebenen Rechts: indem sie dieß übereinstimmend kund geben, leiten sie den Priester der Themis da, wo der Pfad des Gesetzes verschwindet."

mehr sich nähert. Wie weit dieß in der preußischen Praxis' im Verhältniß zu der unserigen, von entscheidendem Vortheil sey, wage ich nicht zu beurtheilen, aber theoretisch streitet die Vermuthung dafür. Es ist daher, wie ich schon oben bemerkte, wohl allerdings nicht zu leugnen, daß der Fehler unserer bisherigen Rechtspflege weniger in der Unsicherheit der Quellen des Civilrechts, als in dem schleppenden Gange des Prozesses seinen Grund hatte, was dadurch besonders erklärlich wird, daß überhaupt im Prozeß sehr viel von bloßen Formen abhängig gemacht werden muß und es also darauf ankommt, diese unvermeidlichen Formalitäten so wenig als möglich hemmend auf das Materielle der Rechtspflege, auf das Recht selbst, einwirken zu lassen. Dieß ist die große, aber schwierige Aufgabe, die eine tüchtige Prozeßordnung zu lösen hat [171]). Daß ein gutes Civilgesetzbuch die Ungewißheit des Rechts vermindern werde, liegt in der Natur der Sache; aber eben so gewiß ist, daß es diese Ungewißheit nicht völlig zu beseitigen vermöge. Erwägt man nämlich, was Burchardi in der schon angeführten Stelle von der positi-

---

[171]) Aus demselben Grunde halte ich es für zweckmäßig, daß man in den Landen, wo ein bürgerliches Gesetzbuch noch nicht existirt, die Prozeßordnung vorausgehen lasse, mit dem Civilgesetzbuche aber um so weniger sich übereile, als die Erfahrungen anderer Staaten hierin nicht unbenutzt bleiben dürfen und sehr lehrreiche und beherzigungswerthe Winke an die Hand geben. Es ist überhaupt ein Fehler, der nicht ohne nachtheilige Folgen bleibt, daß wir oft die Schuld der Mangelhaftigkeit unserer Rechtspflege auf die Materie schieben, wo sie doch ohne Zweifel der Form zur Last fällt. Ein Beispiel liefern die Ansichten, mit denen man jetzt gegen unsere Patrimonialgerichtsbarkeit eifert und darüber das Kind mit dem Bade auszuschütten Gefahr läuft. Hätte man 1805 in Sachsen sich entschlossen, mit einiger Selbstverläugnung der vernünftigen und sachgemäßen Ansicht die Oberhand zu lassen und wäre dann das Decret vom genannten Jahre nicht so ausgesprochen worden, so würden wir schon jetzt, nach fast dreißig Jahren, von dem Materiellen des Gegenstandes ganz andere Ansichten zu hegen die gerechteste Ursache haben.

ven Gesetzgebung überhaupt so unwiderlegbar sagt: „daß sie in der einzelnen Anwendung um so leichter drückend werde und ihrem Zwecke nicht entspreche, je einfacher sie ist;" so muß dieß vornehmlich auf ein gutes Civilgesetzbuch Anwendung leiden, welches der höchstmöglichen Einfachheit sich zu befleißigen hat [172].

So oft ich über die Schwierigkeiten nachdachte, welche mit der Ausarbeitung eines möglichst vollkommenen Civilgesetzbuches unverkennbar verknüpft sind, fiel mir der Ausspruch Cicero's [173]) ein: **nihil est, quod ad artem redigi possit, nisi ille prius, qui illa tenet, quorum artem instituere vult, habeat illam scientiam, ut ex iis rebus, quarum ars nondum est, artem efficire possit.** Und, dachte ich ferner, wenn ein solches Werk recht practisch werden und nicht schon bald nach seinem Erscheinen eine Menge Auslegungen nöthig machen soll, so muß der Ausspruch Cicero's [174]): **causarum cognitio cognitionem eventorum facit**, dabei recht festgehalten werden; denn bei keiner wissenschaftlichen und practischen Arbeit ist es von größerer Wichtigkeit, den **eventus** voraus zusehen, als bei einem Gesetzbuche. Der Verfasser einer solchen Arbeit muß daher mit tüchtigen theoretischen Kenntnissen und practischen Erfahrungen, tiefen Beobachtungsgeist und eine möglichst lebhafte Einbildungskraft verbinden. Er muß aber auch unbefangen genug seyn, um, ohne ein leichtsinniger Reformer zu werden, doch auch nicht zu ängstlich an dem Bestehenden zu hangen, das ihm überall hemmend in den Weg tritt. Unsere bisherigen Erfahrungen haben über-

---

[172]) M. vergl. die Aeußerungen des Abgeordneten Sachse, (in der 179sten Sitzung der zweiten Kammer der sächs. Ständeversammlung, in Nro. 270. der außerordentlichen Beilage der Leipziger Zeitung, S. 2532) an die er die Bemerkung knüpft: daß unser Rechtszustand, so nothwendig und wünschenswerth auch eine Veränderung sey, doch noch keineswegs so traurig sich herausstelle, als man ihn schildere. —

[173]) de Oratore, Lib. I. cap. 41.

[174]) Topica, cap. 18.

zeugend gelehrt, daß es beinahne an Unmöglichkeit grenzt, auf dem Wege der Gesetzcommissionen, mithin der Berathung Vieler, ein Gesetzbuch zu Stande zu bringen, von dem Cicero sagen würde: Est quidem vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, quae vocet ad officium jubendo: vetando a fraude deterreat; quae tamen neque probos frustra jubet, aut vetat, nec improbos jubendo aut vetando movet. Huic legi non abrogari fas est, neque derogari ex hac aliquid licet, neque tota abrogari potest [175]. Nach meiner Ueberzeugung muß der Entwurf eines Civilgesetzbuches von einem Kopfe ausgehen, damit Einheit in die Sache kommt und Consequenz. Während dem Einzelnen die Existenz und Benutzung fremder Gesetzbücher sehr zu statten kommt, würde sie einer Commission, von der leicht jedes einzelne Mitglied über die einzelnen Bestimmungen verschiedene Ansichten aufstellen würde, wenig nützen und zu Vermehrung langwieriger und vergeblicher Discussionen wesentlich beitragen. Die Prüfung des von Einem ausgegangenen Entwurfs aber sey dann das Geschäft Mehrerer; denn die Redaction, die nicht sowohl dem Geiste des Ganzen gilt, als den Einzelheiten nachhelfen soll, kann und muß sogar von mehreren Köpfen ausgehen [176]. Wird aber der Entwurf selbst collegialisch bearbeitet, so kann der Geist der Einheit und Einfachheit nie in das Product hineinkommen, weil gleich Anfangs über Einzelheiten gestritten und dann heute über die, morgen über jene, nicht zusammenstimmenden Ansichten und Bestimmungen durch Stimmenmehrheit entschieden werden müßte.

Wenn vor kurzem in der zweiten Kammer der sächsischen Ständeversammlung die Abfassung eines guten Civilge-

---

[175]) Fragment. de Republ. Lib. III

[176]) Wenn ich nicht irre, so verdankt auch Oesterreich die Vorzüglichkeit seines Gesetzbuches dem Umstande, daß der Entwurf zunächst nur von einem Manne bearbeitet ward. Ohne diesen Umstand lägen die Materialien dazu vielleicht noch so tief, als die des unserigen.

setzbuches, nachdem ein solches seit einem halben Jahrhundert nicht hat zur Ausführung gebracht werden können, von einigen Abgeordneten für eine ziemlich leichte Sache gehalten ward, so glaube ich denn doch, dieß sey in so fern nur relativ genommen, als man dabei von der Ansicht auszugehen schien, daß es nicht so schwierig sey, unter Benutzung der vorhandenen Gesetzbücher anderer Staaten, etwas in's Leben zu rufen, was jedenfalls besser sey, als gar kein Gesetzbuch.

Wenn man aber dabei auf den Code civil der Franzosen und zugleich darauf Beziehung nahm, daß dieser ebenfalls in ziemlich kurzer Zeit zu Stande gebracht worden sey, so kann ich nicht umhin, über diesen so interessanten, als wichtigen Gegenstand mich noch etwas ausführlicher zu verbreiten, obschon ich weit entfernt bin, auf eine solche Einzelstimme, zumal auf meine eigene, auch nur einiges Gewicht legen zu wollen. Ich halte die Einführung eines bürgerlichen Gesetzbuches in der Maaße, wie solche bisher in Deutschland ausgeführt worden ist, wenn auch eine neue Prozeßordnung damit verbunden wird, im Verhältniß zu dem Zwecke, der damit erreicht werden soll, — möglichste Sicherheit des Rechts und möglichste Einfachheit des Prozeßganges, — in so fern nur für eine halbe Maaßregel, als wir, so oft von der Zweckmäßigkeit eines Civilgesetzbuches die Rede ist, zwar mit Recht das Beispiel Frankreichs vor Augen haben und im Munde führen, dabei aber ganz vergessen, daß die erprobte Zweckmäßigkeit des Code civil der Franzosen nicht allein in dem Gesetzbuche an sich liegt, sondern in dessen Verbindung mit der Oeffentlichkeit und, was dabei allemal von selbst sich versteht, der Mündlichkeit des Verfahrens. Den Grund davon finden wir vornehmlich darin, daß die Oeffentlichkeit des Verfahrens mit der Anwendung des Civilgesetzbuches in einer so unzertrennlichen Wechselwirkung steht, daß das eine ohne das andere zu keinem erwünschten Resultate führen kann. Nehmen wir also in Deutschland nur die Hälfte der Einrichtung der Franzosen an, so befolgen wir eine halbe Maaßregel

und die bekannten Folgen aller halben Maaßregeln können nicht außenbleiben [177]). Der Zweck wird nicht erreicht werden und diese Ueberzeugung nach wenigen Jahren selbstgemachter Erfahrung deutlich vor uns stehen. Höchst belehrend ist es in dieser Beziehung, eine Parallele zwischen dem Code civil der Franzosen und dem österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche zu ziehen, indem nichts mehr geeignet seyn dürfte, den großen Unterschied klar hervorzuheben, der zwischen einem guten Gesetzbuche **mit** Oeffentlichkeit und einem solchen **ohne** Oeffentlichkeit des Verfahrens obwaltet. Von **beiden** Gesetzbüchern, dem französischen und dem österreichischen, wird behauptet, daß sie **gut** sind und ihre **Aehnlichkeit**, die zugleich das Criterium ihrer Güte ist, beruht vornehmlich darauf, daß beide möglichst **allgemeine** Rechtssätze enthalten und **das Individualisiren** der Praxis überlassen. Dieß ist schon theoretisch unleugbar die beßte Maxime und der Grund, dem namentlich auch das österreichische Gesetzbuch den Ruf der Vorzüglichkeit verdankt. Nun frage man aber, ob diese Vorzüglichkeit auch in der Anwendung des Gesetzbuches und mithin practisch in **beiden** Staaten sich **gleich** bewähre? Dann finden wir den himmelweiten Unterschied so klar hervorleuchten, daß er keinem unbefangenen Auge entgehen kann. Während der französische Richter und Sachwalter mit practischer Gewandtheit und ächtem Takt sein Gesetzbuch zu handhaben versteht und dabei der Controle der Oeffentlichkeit unterliegt, geht die österreichische Praxis hinter verschlossenen Thüren ihren Weg, der, trotz der theoretischen Vorzüge des Gesetzbuches, doch nichts weniger als den Ruf der Vorzüglichkeit für sich hat. So wie daher mit Recht behauptet worden ist, daß eine weniger gute Staatsverfassung **mit** Oeffentlichkeit der ständischen Verhandlungen besser sey, als eine auf

---

[177]) Die Wahrheit dieser Behauptung wird durch die in **Baden** gemachte Erfahrung hinlänglich bestätigt. Baden nahm den Code civil der Franzosen in einer Umarbeitung an, ohne die übrigen Institute der Franzosen, und das Resultat konnte nicht erwünscht ausfallen. — S. **Roßhirt**, a. a. O. S. 110.

dem Papiere vorzüglichere Verfassung ohne diese Oeffentlichkeit [178]); so verhält es sich auch mit dem Civilgesetzbuche, das, ohne die Controle des öffentlichen Verfahrens immer eine gute Theorie neben einer schlechten Praxis bleibt. Die Oeffentlichkeit des Verfahrens ist die sicherste Beförderin und zugleich die zuverlässigste Garantie einer guten Rechtspflege. Sie allein ist geeignet, das Recht seinem Ideale möglichst nahe zu bringen, wenn, wie freilich vorausgesetzt wird, das Civilgesetzbuch mit Geist und practischem Takt gehandhabt wird. Ich habe Gelegenheit gehabt, in Brüssel, Paris und Genf die Ueberzeugung in der Erfahrung bestätigt zu finden, die ich früher durch das Lesen mehrerer Schriften über diesen Gegenstand mir gebildet hatte. Bei sorgfältiger Beobachtung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens und unbefangenem Nachdenken darüber kann es keinem Juristen entgehen, welche unersetzliche Vortheile damit verknüpft sind und wie sehr dadurch die Einwendungen überwogen werden, die man mit mehr oder weniger Wahrscheinlichkeit dagegen zu machen versucht hat. Die französische Rechtspflege ist es, welche am meisten individualisirt und daher am wenigsten Gefahr läuft, unangemessene und mithin ungerechte Entscheidungen zu geben. Jeder Fall wird entschieden nach dem Gesetz zwar, aber mit steter Berücksichtigung seiner Eigenthümlichkeiten. Die öffentliche Meinung, die auch im Civilrecht sich von selbst ausbildet, und die Aequitas der Römer im schönsten Sinne des Wortes, leiten hier den Richter, nicht, vom Gesetze abzuweichen, sondern im höchsten Einklange mit demselben gerecht zu entscheiden. Uebertriebene Rechtssubtilitäten, artificielle Auslegungen, die so schwankend sind, daß sie heute für wahr, morgen für unwahr gehalten werden, und wie nur kalte Stubengelehrsamkeit sie erzeugt und nährt, sind den öffentlichen Verhandlungen fremd und dabei gewinnt der Richter, die

---

[178]) Daß zu Erreichung des Zweckes der öffentlichen Verhandlungen freilich auch Preßfreiheit gehöre, ist eine bekannte Sache. — S. Welker, die vollkommene Preßfreiheit ꝛc. Freiburg 1830. 8.

Parthei, die Achtung für das Gesetz und der Ruf der Rechtspflege. Auf diese Weise wird mithin dem oft so schädlichen Generalisiren begegnet. Der französische Jurist hat nicht, wie bisher wir Deutschen, die Veranlassung, über jeden interessanten Rechtsfall sofort eine Dissertation, Question, Disceptation, Observation oder Rhapsodie zu schreiben. Es können nicht so leicht Präjudicien entstehen, weil nicht nur jede Entscheidung, wie wir uns ausdrücken, bloß jus inter partes wird, sondern überhaupt individuell ist und daher die Präsumtion begründet, daß ein ähnlicher Fall, wenn er nicht ganz gleich ist, zwar ähnlich, aber nicht gleichförmig zu entscheiden seyn werde. Von einer schädlichen Stabilität kann dann nicht leicht die Frage seyn.

Während daher, wie ich oben anführte, der Code civil der Franzosen nur in einer speziellen Beziehung der équité ausdrücklich Erwähnung gethan hat, waltet sie desto sichtbarer und einflußreicher in der Praxis und bestätigt, daß die Aequitas überall desto mehr ihren Einfluß fühlbar machen werde, je mehr durch gute, und mithin möglichst einfache Civilgesetzbücher die Civilrechtspflege, wenn auch noch ohne Oeffentlichkeit des Verfahrens, ihrem wahren Zwecke mehr und mehr entgegengeführt werden wird.

Wenn Roßhirt [179]) behauptet, daß auch der Code civil der Franzosen nicht stabil, noch unverbesserlich sey, und stets neue Bedürfnisse entstehen, welchen die französischen Juristen, als erprobte Geschäftsleute, zunächst durch die Dictionaire abhelfen, so liegt darin nur die Bestätigung der allgemeinen Wahrheit, daß, bei fortschreitender Entwickelung der Bildung überhaupt, auch das Recht, als solches, von Zeit zu Zeit einer Umgestaltung unterworfen werden müsse. Es ist aber auch nicht zu verkennen, daß auch hierbei die Franzosen uns mit musterhaftem Takte vorangehen. Daß Roßhirt's Bedenken nicht erheblich sey, bin ich um so gewisser überzeugt, da ich Gelegenheit gehabt habe, aus dem Munde mehrerer

---

[179]) A. a. O. S. 98 und 99.

ausgezeichneter französischer Rechtsgelehrten die intessantesten Aufschlüsse darüber zu erhalten. Die Bürgschaft dafür liegt in dem eigenthümlichen Charakter der Nation, in der Oeffentlichkeit des Verfahrens und in dem Geiste des Code de procédure civile selbst, und die französischen Juristen haben keine Ursache, über Schwierigkeiten zu klagen, die sie übrigens, wo sich solche finden, durch die ihnen eigene, gewandte Interpretation leicht zu überwinden verstehen.

Es ist mir dabei keinesweges entgangen, daß der Nationalcharakter der Franzosen nicht der der Deutschen sey und daß jedes Volk seine Eigenthümlichkeiten, mithin auch seine eigenen Bedürfnisse habe, die ihm nicht gewaltsam entrissen werden können, noch dürfen. Allein, ob unser bisheriger Rechtszustand dem Nationalcharakter des deutschen Volks, oder nicht vielmehr nur dem Charakter des einzelnen Standes der Juristen angehöre und entspreche? diese Frage dürfte wohl nicht schwer zu beantworten seyn. Demungeachtet gehöre ich nicht zu denen, die etwa eine fremde Verfassung unbedingt angenommen zu sehen wünschen, sondern nur das wollte ich zeigen, daß diejenigen irren, welche den Zweck zu erreichen gedenken, sie mögen das Beispiel einer anderen Nation nur halb, oder es ganz befolgen. Daß übrigens die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des gerichtlichen Verfahrens auch in Deutschland weit leichter ausführbar und dem Charakter, den Sitten und der Sprache der Deutschen weit angemessener sey, als viele, die von einer solchen, allerdings nicht unwesentlichen Neuerung keine deutliche Vorstellung sich zu machen vermögen, zu glauben geneigt sind, bin ich nicht nur überhaupt, sondern auch vornehmlich darum überzeugt, weil ich darüber das scharfsinnige und practische Urtheil eines sehr kenntnißreichen französischen Juristen (eines Genfer) vernommen habe, der mich versicherte, daß die Beobachtungen, die er in dieser Beziehung in den deutschen Rheinprovinzen und in mehreren deutschen Kammern gemacht habe, ihn zu der Ueberzeugung vermocht hätten, daß die Deutschen in Hinsicht auf die Gediegenheit öffentlicher Verhandlungen sehr leicht die

Franzosen noch zu übertreffen lernen würden, da unsere Sprache mehr, als die französische, dazu geeignet sey, die mündlichen Verhandlungen kräftig, bündig und klar zu führen, daß es aber den Deutschen nur noch an Uebung und an der dazu erforderlichen Entschlossenheit fehle [180]). Oeffentlichen Blättern zu Folge soll im Preußischen ein Anfang mit der Oeffentlichkeit des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gemacht werden und wohl darf man darauf die Vermuthung gründen, daß die preußische Regierung in den Rheinprovinzen auf erfahrungsmäßigem Wege die Ueberzeugung von der Vorzüglichkeit und Zweckmäßigkeit dieses Verfahrens gewonnen habe. Mögen diese Versuche in der Praxis sich bewähren, in anderen deutschen Staaten Nachahmung finden und dann über den Pforten aller deutschen Gerichtshöfe, als das Symbol ächter Justizpflege, die schönen Worte Cicero's zu lesen seyn: valeat aequitas, quae in paribus causis paria jura desiderat!

---

[180]) Die Richtigkeit dieser Ansichten bestätigt ein deutscher Schriftsteller: G. F. Müller, Etwas über die Fertigkeit vor Gericht zu reden 2c. Hannover 1811. 8. S. 7. wo er sagt: „Endlich ist die reiche und kraftvolle deutsche Sprache, mit ihrer Freiheit in der Wortstellung, bei weitem mehr geeignet, sich den griechischen und römischen Mustern zu nähern, als die, in Vergleichung mit ihr, arme französische, in welcher jedes Wort eben so an seinen Platz gestellt ist, als Napoleon's Soldaten in ihren Reihen und Gliedern. Und wir, wenn wir uns von Jugend auf so zu Gerichtsrednern bilden könnten, als die französischen Advokaten, sollten uns auf den höchst zweideutigen Ruhm beschränken müssen, ihnen zu gleichen?"

Verbesserungen.

Seite 16, Zeile 19 v. o. lies: welchem statt welcher.
" 20, " 12 v. u. " Grund statt Gruud.
" 32, " 18 v. u. " beherrschen statt heherrschen.
" 40, " 12 v. u. " quod statt quad.
" 41, " 1 v. u. " aequitas statt aequiras.
" 62, " 12 v. u. " künftig statt küuftig.
" 64, " 4 v. o. " gewinnen statt gewinnt.
" 75, " 7 v. u. " deutschen statt deutscheu.





